

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

Faculté de droit et des sciences économiques

LES CONDITIONS
DE LA BREVETABILITÉ
D'UNE INVENTION
EN DROIT SUISSE
ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE

présentée à la Faculté de droit et des sciences économiques
pour obtenir le grade de docteur en droit

par

MATHIEU NORTH

avocat

1972

IMPRIMERIE PAUL ATTINGER S.A., NEUCHÂTEL



Digitized by the Internet Archive
in 2026

LES CONDITIONS DE LA BREVETABILITÉ
D'UNE INVENTION
EN DROIT SUISSE ET EN DROIT FRANÇAIS

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

Faculté de droit et des sciences économiques

LES CONDITIONS
DE LA BREVETABILITÉ
D'UNE INVENTION
EN DROIT SUISSE
ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE

présentée à la Faculté de droit et des sciences économiques
pour obtenir le grade de docteur en droit

par

MATHIEU NORTH

avocat

1972

IMPRIMERIE PAUL ATTINGER S.A., NEUCHÂTEL

Monsieur Mathieu North est autorisé à imprimer sa thèse de doctorat en droit intitulée *Les conditions de la brevetabilité d'une invention en droit suisse et en droit français*.

Il assume seul la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, le 13 août 1971.

Le doyen
de la Faculté de droit
et des sciences économiques
François CLERC



TABLE DES MATIÈRES

ABRÉVIATIONS	II
------------------------	----

I LES IDÉES FONDAMENTALES QUI SONT A LA BASE DE LA PROTECTION DE L'INVENTION EN FRANCE ET EN SUISSE	13
---	----

1. <i>Divergence de point de vue en général</i>	13
2. <i>Divergences dans les systèmes d'octroi de brevets</i>	17
a) Généralités	17
b) Droit suisse	18
c) Droit français	20
aa) Loi du 5 juillet 1844	20
bb) Loi du 2 janvier 1968	20
3. <i>La revendication</i>	23
a) Généralités	23
b) Droit suisse	23
c) Droit français	24
aa) Loi du 5 juillet 1844	24
bb) Loi du 2 janvier 1968	24

II L'INVENTION	26
--------------------------	----

1. <i>Notion</i>	26
a) Généralités	26
b) L'invention et la découverte	30
c) L'invention, notion subjective et relative	31
d) L'invention, notion objective	32
2. <i>Les conditions de la brevetabilité</i>	32
a) Généralités	32
b) Droit suisse	32
c) Droit français	33
aa) Loi du 5 juillet 1844	33
bb) Loi du 2 janvier 1968	33

3. Dispositions légales concernant les conditions de la brevetabilité.	33
a) Conventions internationales	33
b) Droit suisse	34
c) Droit français	35
aa) Loi du 5 juillet 1844	35
bb) Loi du 2 janvier 1968	37
 III LES FORMES DE L'INVENTION	 39
1. Généralités	39
2. L'invention, solution d'un problème	39
a) Généralités	39
b) Droit suisse	40
c) Droit français	40
d) L'invention-problème et les équivalents	41
3. Le produit et le procédé	42
a) Généralités	42
b) Le produit nouveau	43
aa) Le produit nouveau en général	43
A. Droit suisse	43
B. Droit français	44
bb) La combinaison formant produit	46
c) Le procédé	46
aa) Droit suisse	46
bb) Droit français	46
4. L'application et la combinaison	47
a) Généralités	47
b) L'application nouvelle	48
aa) Généralités	48
bb) Le transport d'industrie.	48
A. Droit suisse	48
B. Droit français	48
cc) L'application nouvelle proprement dite	49
A. Droit suisse	49
B. Droit français	50
c) La combinaison	50
aa) Généralités	50
bb) Droit suisse	50
cc) Droit français	51
5. La classification des inventions et l'unité de l'invention	52
a) Généralités	52
b) Droit suisse	52
c) Droit français	52
aa) Loi du 5 juillet 1844	52
bb) Loi du 2 janvier 1968	53

IV LES INVENTIONS EXCLUES DE LA PROTECTION	54
1. <i>Les inventions contraires à la loi ou aux bonnes mœurs</i>	54
2. <i>Les autres inventions exclues de la protection</i>	55
a) Droit suisse	55
aa) Les inventions de remèdes	55
bb) Les inventions de procédés non chimiques pour la fabrication de remèdes	56
cc) Les inventions d'aliments, de denrées fourragères et de boissons	61
dd) Les inventions de substances chimiques	63
A. Généralités	63
B. La brevetabilité des procédés de fabrication de substances chimiques	65
AA. Le problème	65
BB. Le procédé par analogie	66
— l'analogie	67
— l'isomérisie	67
— l'homologie	67
— l'appartenance à une même classe de substances	67
CC. La brevetabilité du procédé par analogie	68
— généralités	68
— la théorie de la réflexion	68
— la théorie de l'unité	69
— position du Tribunal fédéral	70
— critique de ces théories	72
— l'effet thérapeutique	76
ee) Les alliages	76
b) Droit français	77
aa) Les compositions pharmaceutiques ou remèdes	77
A. Généralités	77
B. Le procédé d'analogie en droit français	77
C. Le Brevet spécial de médicament	77
D. Le régime de la loi du 2 janvier 1968	79
E. Les conditions de la brevetabilité d'un médicament	79
AA. Généralités	79
BB. La nouveauté du brevet de médicament	80
— loi du 5 juillet 1844	80
— loi du 2 janvier 1968	81
CC. Les autres conditions de la brevetabilité	81
F. Avis documentaire et droit de priorité unioniste	81
bb) Les plans et combinaisons de crédit ou de finances	81
3. <i>Les inventions exclues de la protection et la Convention de Strasbourg du 27 novembre 1963</i>	81
V LE NIVEAU INVENTIF	83
1. <i>Généralités</i>	83
2. <i>Droit suisse: l'idée créatrice et le niveau inventif (Erfindungshöhe)</i>	83

3. <i>Droit français: l'activité inventive</i>	88
a) Loi du 5 juillet 1844	88
b) Loi du 2 janvier 1968	97
4. <i>La mesure du niveau inventif</i>	100
a) L'homme du métier – de formation moyenne ou de bonne formation ?	100
aa) Droit suisse	100
bb) Droit français	103
A. Loi du 5 juillet 1844	103
B. Loi du 2 janvier 1968	104
b) L'état de la technique	105
aa) Droit suisse	105
bb) Droit français	108
A. Loi du 5 juillet 1844	108
B. Loi du 2 janvier 1968	108
c) La petite invention	109
5. <i>Le niveau inventif et les diverses formes de l'invention</i>	109
a) Généralités	109
b) Le niveau inventif et le produit nouveau : changements de forme, de matière, de dimension, interversion, etc.	110
aa) Droit suisse	110
bb) Droit français	111
c) Le niveau inventif et le procédé : le tour de main	112
aa) Droit suisse	112
bb) Droit français	112
d) Le niveau inventif et l'application nouvelle : l'emploi nouveau	113
aa) Généralités	113
bb) Droit suisse	113
cc) Droit français	115
e) Le niveau inventif et la combinaison nouvelle de moyens connus : la juxtaposition	119
aa) Généralités	119
bb) Droit suisse	119
cc) Droit français	120
6. <i>Le niveau inventif et les équivalents</i>	122
7. <i>Le niveau inventif et la nouveauté</i>	123
8. <i>Le niveau inventif et la Convention de Strasbourg du 27 novembre 1963</i>	123

VI LE PROGRÈS TECHNIQUE 124

1. <i>L'exigence d'un progrès technique</i>	124
a) Droit suisse	124
b) Droit français	124

aa) Loi du 5 juillet 1844	124
bb) Loi du 2 janvier 1968	124
2. <i>Les diverses formes du progrès technique</i>	125
3. <i>La mesure du progrès technique</i>	126
4. <i>L'état de la technique</i>	130
5. <i>Le progrès technique et la nouveauté</i>	131
6. <i>Le progrès technique et le niveau inventif</i>	131
7. <i>Le progrès technique et la Convention de Strasbourg du 27 novembre 1963</i>	132
 VII LA NOUVEAUTÉ	 133
1. <i>La condition de nouveauté</i>	133
a) Généralités	133
b) Droit suisse	133
c) Droit français	134
aa) Loi du 5 juillet 1844	134
bb) Loi du 2 janvier 1968	136
2. <i>La présomption de nouveauté</i>	136
3. <i>Les faits destructeurs de nouveauté</i>	136
a) La divulgation	136
aa) Droit suisse	136
bb) Droit français	137
b) La publication	138
aa) Droit suisse	138
bb) Droit français	139
c) Le droit de priorité	139
d) La protection aux expositions	140
e) L'invention tombée dans l'oubli	141
4. <i>La nouveauté des diverses formes de l'invention</i>	141
5. <i>Le produit théoriquement connu mais inaccessible</i>	141
6. <i>La nouveauté et les équivalents</i>	142
7. <i>Les équivalents en chimie</i>	143
a) Droit suisse	143
b) Droit français	144
8. <i>La nouveauté et la Convention de Strasbourg du 27 novembre 1963</i>	144

VIII LE CARACTÈRE INDUSTRIEL	145
1. <i>L'exigence du caractère industriel</i>	145
a) Généralités	145
b) Droit suisse	145
c) Droit français	147
aa) Loi du 5 juillet 1844	147
bb) Loi du 2 janvier 1968	147
2. <i>Le caractère industriel et la Convention de Strasbourg du 27 novembre 1963</i> .	149
3. <i>L'effet technique</i>	150
a) Droit suisse	150
b) Droit français	151
4. <i>Le résultat commercial</i>	152
5. <i>Les inventions de principes théoriques et méthodes abstraites</i>	153
a) Droit suisse	153
b) Droit français	153
6. <i>Le brevet de principe et les équivalents</i>	154
7. <i>La propriété scientifique</i>	156
8. <i>Les inventions dans le domaine de la nature vivante</i>	157
a) Généralités	157
b) Nouveautés végétales	157
aa) Droit suisse	157
bb) Droit français	158
cc) La Convention de Paris du 2 décembre 1961 pour la protection des obtentions végétales	159
c) Les inventions relatives aux animaux et au corps humain	160
IX CONCLUSION	161
1. <i>Caractéristiques du droit suisse</i>	161
2. <i>Caractéristiques du droit français</i>	162
3. <i>Différences et points communs</i>	164
BIBLIOGRAPHIE	167

ABRÉVIATIONS

al.	alinéa.
art.	article.
Ann. 1957, p. 19	Annales de la Propriété industrielle, artistique et littéraire, année 1957, page 19.
Ann. jur. XVI 1908 n° 96 p. 38	Annales de jurisprudence S. de Blonay, volume XVI, année 1908, numéro 96, page 38.
ATF 82 II 340	Arrêt du Tribunal fédéral publié au Recueil officiel, volume 82, deuxième partie, page 340.
BFPI	Bureau fédéral de la propriété intellectuelle.
BIZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung.
Bull. stén.	Bulletin sténographique des Chambres fédérales.
c.	contre.
ch.	chiffre.
Cass.	Arrêt de la Cour de Cassation.
Cass. com.	Arrêt de la Cour de Cassation, chambre commerciale.
Cass. crim.	Arrêt de la Cour de Cassation, chambre criminelle.
Cass. req.	Arrêt de la Cour de Cassation, chambre des requêtes.
CE	Conseil des Etats.
CF	Conseil fédéral.
cf.	confer.
CN	Conseil national.
cons.	considérant.
D.	Recueil Dalloz.
éd.	édition.
eod. loc.	eodem loco.
fasc.	fascicule.
Gaz. Pal.	Gazette du Palais.
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht.
GRUR/Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht internationaler Teil.
ibid.	ibidem.
INPI	Institut national de la propriété industrielle.
JCP	Juris-Classeur périodique.
JO	Journal officiel de la République française.
JO Débats Ass. Nat. (ou Sénat) 1967-68 p. 5863	Journal officiel de la République française, Débats parlementaires Assemblée Nationale (ou Sénat), année 1967-68, page 5863.
JO Ass. Nat. (ou Sénat) 1966-67 doc. annexe 244	Journal officiel de la République française, Débats parlementaires Assemblée Nationale (ou Sénat), annexes aux procès-verbaux des séances, session 1966-67, document numéro 244.
JT 1922 I 444	Journal des Tribunaux année 1922, première partie, page 444.
LBI	Loi suisse sur les brevets d'invention du 25 juin 1954.
litt.	littera.
L. 5 juillet 1844	Loi française du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention.
L. 2 janvier 1968	Loi française du 2 janvier 1968 tendant à valoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention.
loc. cit.	loco citato.
n.	note
n°	numéro.
p.	page.
PI	La Propriété industrielle.
PMMBI	Patent-, Muster- und Modelblatt.
RDS	Revue de droit suisse
rem.	remarque.
Rev. trim. dr. com.	Revue trimestrielle de droit commercial.

RG	Arrêt du Reichsgericht.
ROLF	Recueil officiel des Lois fédérales.
RSJ	Revue suisse de jurisprudence.
RSPI	Revue suisse de la Propriété industrielle et du Droit d'Auteur.
S.	Sirey.
ss	et suivant (c) s.
Tf 25 sept. 1908, Steiner	Arrêt du Tribunal fédéral du 25 septembre 1908 dans la cause Steiner
c. Seiler, JT 1909 I 190	contre Seiler, publié au Journal des Tribunaux en 1900, première
	partie, page 190, mais non publié au recueil officiel.
t. I	tome premier.
TF	Tribunal fédéral.
Trib. civ. Seine	Tribunal civil de la Seine.
vol.	volume.

Les arrêts du Journal des Tribunaux ou des Annales de jurisprudence cités entre parenthèses à la suite des arrêts du Tribunal fédéral sont la traduction française de ces derniers.

Les ouvrages cités en note par les seuls noms de leurs auteurs sont accompagnés d'un astérisque dans la bibliographie.

Les arrêts français cités par le nom d'une ville accompagné d'une date (p. ex. : Paris 28 mars 1857) sont des jugements rendus par la Cour de cette ville.

I LES IDÉES FONDAMENTALES QUI SONT À LA BASE DE LA PROTECTION DE L'INVENTION EN FRANCE ET EN SUISSE

1. *Divergence de point de vue en général*

Dès le XV^e siècle, l'essor de la technique a été encouragé en Italie par une protection des inventeurs ; la première loi en la matière est celle de la république de Venise, qui a été promulguée en 1474 ¹. Les systèmes actuels de brevets d'invention trouvent cependant leur origine dans le fameux Statute of Monopolies arraché au roi Jacques 1^{er} d'Angleterre en 1623, qui est généralement considéré comme le prototype des lois modernes ².

L'octroi de garanties aux inventeurs, qui engagent ceux-ci à ne pas garder secrètes leurs inventions et à en faire bénéficier l'Etat qui les leur accorde, est certes l'un des meilleurs moyens de favoriser les progrès de l'industrie. Cependant, l'argument principal avancé en faveur de l'institution en France d'une telle protection met l'accent sur les droits de l'individu plutôt que sur cette nécessité économique ³. « L'Assemblée Nationale, considérant que toute idée nouvelle dont la manifestation ou le développement peut devenir utile à la société, appartient primitivement à celui qui l'a conçue, et que ce serait attaquer les droits de l'homme dans leur essence que de ne pas regarder une découverte industrielle comme la propriété de son auteur » ⁴, avait, sous l'impulsion du rapporteur Boufflers ⁵, consacré cette conception en la fixant dans le texte même du décret du 7 janvier 1791, première loi française en la matière ⁶, dont l'art. 1^{er} dit en effet expressément : « Toute découverte ou nouvelle invention, dans tous les genres d'industrie, est la propriété de son auteur. » ⁷

Le préambule de la loi de 1791 fait sans doute mention du caractère utilitaire de l'institution du brevet ; les intérêts de la société avaient été sauvegardés ⁸. L'idée prédominante était néanmoins que « les découvertes de l'industrie

¹ Voir Troller, t. 1 (éd. 1968) p. 20 ss.

² Roubier, t. I p. 63 ss ; rapport du Chevalier de Boufflers à l'Assemblée Constituante (Couchin, t. I p. 44) où on invoque l'exemple de l'Angleterre.

³ Roubier, t. I p. 67

⁴ Préambule du « décret relatif aux auteurs de découvertes utiles », du 7 janv. 1791, Sirey, Lois annotées de 1789 à 1830, p. 87, Paris 1854.

⁵ Rapport du Chevalier de Boufflers à l'Assemblée Constituante (Couchin, t. I p. 29) : « S'il existe, pour un homme, une véritable propriété, c'est sa pensée ; celle-là du moins paraît hors d'atteinte, elle est personnelle, elle est indépendante, elle est antérieure à toutes les transactions ; et l'arbre qui naît dans un champ n'appartient pas aussi incontestablement au maître de ce champ que l'idée qui vient dans l'esprit d'un homme n'appartient à son auteur. L'invention, qui est la source des arts, est encore celle de la propriété, elle est la propriété primitive, toutes les autres ne sont que des conventions ; ... » ; voir également Rapport présenté au nom d'une fraction de la commission du Conseil des Etats par A. Gavard, avr. 1887 (FF 1887 I p. 738).

⁶ Il a certes existé auparavant sous l'Ancien Régime une législation spéciale aux inventeurs, mais il s'agissait de privilèges de fabrication et de vente librement consentis ou révoqués par le roi. L'inventeur n'avait pas de droits reconnus (voir Sirey, Lois annotées de 1789 à 1830, p. 87 n. 1 ; Roubier, t. I p. 63 ss).

⁷ Sirey, Lois annotées de 1789 à 1830, p. 87.

⁸ Roubier, t. I p. 67.

et des arts étaient une propriété avant que l'Assemblée Nationale l'eût déclaré », comme le disait Mirabeau⁹. Ce principe avait été sanctionné par l'art. 357 de la Constitution de l'An III : « La loi doit pourvoir à la récompense des inventeurs ou au maintien de la propriété exclusive de leurs découvertes ou de leurs productions ». ¹⁰

Les idées changèrent ¹¹ : l'exposé des motifs de la loi du 5 juillet 1844, en vigueur en France jusqu'en 1968, considère la question de savoir si le droit de l'inventeur est ou non un droit de propriété comme étant « de pure métaphysique » ¹². Il se borne à constater : « L'inventeur ne peut exploiter ses découvertes sans la société ; la société ne peut en jouir sans la volonté de l'inventeur ; la loi, arbitre souverain, est intervenue ; elle a garanti à l'un la jouissance exclusive, temporaire ; à l'autre, une jouissance différée, mais perpétuelle. Cette solution, transaction nécessaire entre les principes et les intérêts, constitue le droit actuel des inventeurs, et, droit naturel ou droit concédé, propriété ou privilège, indemnité ou rémunération, le résultat a été regardé universellement comme le règlement le plus équitable des droits respectifs ; la raison publique l'a accepté et il est devenu, en cette matière, la base de la législation de tous les peuples ». ¹³

L'institution du brevet est donc envisagée comme une sorte de contrat ¹⁴, l'inventeur livrant son invention à la société, et celle-ci lui accordant un monopole d'exploitation temporaire ¹⁵. Cette idée, générale dans les pays anglo-saxons ¹⁶, n'est plus guère défendue en France que par Casalunga ¹⁷.

La loi actuelle du 2 janvier 1968 « tendant à valoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention » ¹⁸, vise avant tout à donner à l'industrie française une protection efficace grâce, notamment, à l'introduction de la procédure de l'avis documentaire préalable (qui permet à l'administration d'examiner la nouveauté de l'invention), afin de favoriser les techniques de pointe et la re-

⁹ Cité par Dupin, cf. Couhin, t. I p. XXVI ; Rapport présenté au nom d'une fraction de la commission du Conseil des Etats par A. Gavard, avr. 1887, FF 1887 I p. 738 ; contre cette opinion : Casalunga, t. I n° 11.

¹⁰ Sirey, Lois annotées de 1789 à 1830, p. 316.

¹¹ Voir l'opinion du rapporteur Dupin : « En face du droit de création, se trouve le droit de reproduction et d'imitation qui vient aussi de Dieu, qui a sa source aussi dans le travail dirigé par la pensée » (Sirey, Lois annotées, vol. II, 1831-1848 p. 810 n. 2 ; voir aussi Roubier, t. I p. 69).

¹² Pouillet, p. IX.

¹³ Cité par Pouillet, *ibid*.

¹⁴ Cette conception correspond à celle du rapporteur Dupin, dont le rapport présenté à la Chambre dans la séance du 5 juillet 1843 dit : « Or toute découverte utile est, suivant l'expression de Kant, la prestation d'un service rendu à la Société. Il est donc juste que celui qui a rendu ce service en soit récompensé par la Société qui le reçoit. C'est une transaction équitable, un véritable contrat, un échange qui s'opère entre les auteurs d'une découverte nouvelle et la Société. Les premiers apportent les nobles produits de leur intelligence et la Société leur garantit, en retour, les avantages d'une exploitation exclusive de leur découverte pendant un temps déterminé. Cette rémunération a même ceci de remarquable que ses produits sont toujours en rapport direct avec le mérite de l'invention qu'il s'agit de récompenser... Le droit de propriété, avec son caractère absolu et sa prérogative de perpétuité, est désintéressé dans la question. Il ne s'agit que d'un contrat, sous la tutelle et la foi duquel le génie de l'invention livre à la Société ses précieuses découvertes » (cité par Couhin, t. I p. XXIX ; voir également Casalunga, t. I n° 14). La théorie contractuelle avait d'ailleurs déjà été invoquée en 1791 (cf. Roubier, t. I p. 67).

¹⁵ L'art. 1^{er} de la loi du 5 juillet 1844 conserve cependant la trace de l'idée d'une propriété de l'auteur sur son invention : c'est l'invention qui confère le droit exclusif d'exploitation (al. 1) ; le brevet ne fait que constater ce droit (al. 2).

¹⁶ Casalunga, t. I n° 16.

¹⁷ Casalunga, t. I n° 10 à 16 ; cf. également A. Armengaud, Avis présenté au nom de la Commission des Finances, JO 1967-68, Sénat doc. annexe n° 46 p. 2.

¹⁸ JO 3 janv. 1968 ; PI 1968 p. 71 ss. Dalloz, bull. législatif 1968 p. 122 ss.

cherche scientifique¹⁹. Il est devenu indispensable de s'adapter à la recherche organisée : « L'heure n'est plus aux inventeurs solitaires, elle est aux bureaux d'études », constate M. Marcilhacy, rapporteur au Sénat²⁰ ; l'inventeur individuel ne crée plus guère que des « bidules »²¹ sans grande valeur technique, « du type concours Lépine », qui encombrant l'administration et ne soutiennent pas la comparaison avec la concurrence étrangère²².

Ces considérations d'économie politique ont complètement éclipsé le souci de la protection des droits de l'homme. L'idée même d'un droit de propriété de l'inventeur sur son invention, chère au législateur de 1791, semble avoir disparu²³.

La protection de l'invention n'a été instituée en Suisse qu'en 1888²⁴, après que la Confédération eut signé la Convention de Paris en 1881²⁵. Si le principe de la propriété de l'inventeur sur son invention a été invoqué au cours des débats qui ont précédé la révision de la Constitution et l'adoption de la loi²⁶, cette idée n'a cependant joué qu'un rôle fort modeste : le législateur a surtout obéi à des impératifs pratiques. Il s'agissait avant tout d'encourager l'industrie suisse, qui réclamait une protection, et de se mettre au niveau des autres États

¹⁹ Voir débats à l'Assemblée Nationale, JO Débats Ass. Nat. 1967 p. 2585-2595 (1^{re} lecture), p. 5862-5884 (2^e lecture), p. 6023-6024 ; débats au Sénat, JO Débats Sénat 1967-68 p. 1984-2015, 2122-2144, 2434-2437 ; F. Savignon, PI 1968 p. 80 ss ; A. Chavanne, Rev. trim. dr. com. 1968 p. 677 ss ; Mathély/Plaisant, fasc. III à XXXVIII et XV et XVI, cotés 5 1969 ; M. Herzog, Exposé des motifs, JO Ass. Nat. 1966-67 doc. annexe n° 244 p. 1593.

²⁰ JO Débats Sénat 1967-68 p. 1991.

²¹ M. Marcilhacy, JO Débats Sénat 1967-68 p. 1984.

²² M. Herzog, rapport à l'Assemblée Nationale, JO Débats Ass. Nat. 1967-68 p. 5863 : le brevet est une arme économique de première importance : « Nous entrons dans une époque caractérisée par la guerre de la matière grise, où de véritables batailles s'engagent par-delà les frontières. »

²³ La rédaction donnée à l'art. 1^{er} dans le projet présenté par M. Herzog à l'Assemblée Nationale, modifiée par la suite, peut cependant laisser supposer la reconnaissance d'un droit de propriété de l'inventeur indépendant de l'octroi d'un brevet : selon ce texte, le brevet ne fait que constater le droit de l'inventeur (cf. JO Débats, Ass. Nat. 1967 p. 2585 ; voir également P. Marcilhacy, rapporteur au Sénat, JO Débats Sénat 1967 p. 1984 : « Etablir un brevet d'invention, c'est établir un titre de propriété sur une création... » ; de même, Jean Palewski, selon lequel le brevet est un compromis entre les droits de la société et la récompense légitime due aux inventeurs, et qui parle d'un « titre de propriété », JO Débats Ass. Nat. 1967-68 p. 5866).

²⁴ Sous l'Helvétique, la Suisse avait eu une loi sur les brevets d'invention inspirée de la loi française ; elle n'est restée en vigueur que de 1799 à 1802 (cf. Schoch, rapport général au Conseil des États, Bull. Stén. CE 1953 p. 329-330 ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 38 ; Weidlich/Blum, p. 42). D'autre part, quelques cantons avaient promulgué leurs propres lois sur les brevets d'invention avant 1888 (cf. Troller et Schoch, *ibid.*).

²⁵ La promulgation d'une loi fédérale sur la protection des inventions industrielles exigeait une révision de la Constitution fédérale ; la protection des inventions appartenait en effet jusqu'alors au domaine législatif cantonal. Une première tentative d'attribuer cette compétence à la Confédération échoua lors de la révision partielle de la Constitution en 1865 (cf. message du CF du 1^{er} juillet 1865, FF 1865 II p. 35-63). La deuxième proposition de révision, soumise au vote du peuple et des cantons en même temps qu'une loi fédérale sur les épidémies dont le peuple ne voulait pas, fut également écartée, en raison de cette proximité, le 30 juillet 1882 (cf. message du CF du 25 oct. 1882, FF 1882 IV p. 271 ss). Finalement, le peuple et les cantons acceptèrent à une forte majorité, le 10 juillet 1887, la révision de l'art. 64 Cst., autorisant ainsi la Confédération à légiférer dans le domaine des brevets d'invention (cf. notamment message du CF du 16 août 1887, FF 1887 III p. 196). La première loi fédérale en la matière date du 29 juin 1888 (cf. FF 1888 III p. 527 ss).

²⁶ Voir notamment Rapport présenté au nom d'une fraction de la commission du Conseil des États, avr. 1887 (FF 1887 I p. 734 ss), où, après avoir rappelé les plaidoyers de Mirabeau et du Chevalier de Boufflers en faveur de la protection de l'inventeur, le président Gavard précise : « Quant à nous, nous estimons que le droit des inventeurs et des auteurs industriels sur leurs œuvres est un droit de propriété, réglementé par la loi civile et limité dans un intérêt social » (FF 1887 I p. 739).

européens²⁷. Ceux-ci, et notamment l'Allemagne depuis 1877, avaient presque tous instauré un système de brevets d'invention ; la Suisse en fit autant, non seulement pour encourager son industrie, mais aussi pour éviter que les inventeurs suisses n'aillent exploiter leurs inventions dans les pays où leurs droits étaient mieux garantis, et pour prévenir des représailles commerciales de la part de ces Etats, en particulier de l'Allemagne²⁸. La loi française et, plus encore, la loi allemande²⁹, ont du reste servi de modèles à la loi suisse.

La deuxième loi, du 21 juin 1907³⁰, s'inspire également et avant tout de considérations économiques et industrielles³¹. Il en va de même de la loi du 25 juin 1954, actuellement en vigueur³². Il s'agit d'un compromis entre les intérêts de l'inventeur et ceux de la société, fondé sur des motifs d'opportunité³³.

Cette attitude pragmatique n'exclut cependant nullement que le droit de l'inventeur se rattache également à la garantie des droits de la personnalité³⁴. L'idée d'un contrat entre l'inventeur et la société a aussi été citée par le législateur³⁵.

La principale innovation de la loi de 1954 réside dans l'introduction de l'examen préalable de l'invention, considéré comme un moyen de « revaloriser » le brevet délivré à l'inventeur et de favoriser ainsi l'industrie suisse³⁶.

L'écart entre les deux législations, fondées sur des conceptions différentes au départ, s'est donc considérablement amenuisé : les deux lois actuellement en vigueur ont institué un examen administratif préalable³⁷ de l'invention et trouvent leurs racines dans des considérations d'ordre pratique.

²⁷ « Il est nécessaire que nous nous mettions à l'unisson des besoins et des aspirations du monde civilisé, si nous voulons conclure des traités de commerce avantageux et faire respecter au-dehors les produits de notre industrie et de notre commerce » (Rapport du CF du 8 fév. 1881, FF 1881 I p. 277 ; voir également p. 271 ss et exposé historique annexe p. 286 ss ; rapport complémentaire du 20 juin 1881, FF 1881 III p. 475 ss ; message du CF du 26 nov. 1881, FF 1881 IV p. 478 ss ; rapport de Haller et Frey-Godet du 4 déc. 1886 au Département fédéral de l'agriculture concernant diverses questions relatives à l'introduction de la protection des inventions, FF 1886 III p. 1032 ss ; rapport présenté au nom d'une fraction de la commission du CF par A. Gavard, avr. 1887, FF 1887 I p. 734 ss ; rapport présenté au nom de l'autre fraction de la commission du CF par M. Rieter, avr. 1887, FF 1887 I p. 775 ss ; message du CF du 20 janv. 1888, FF 1888 I p. 186 ss). La révision de l'art. 64 Cst. du 22 déc. 1904 (votée le 19 mars 1905) qui étendait la protection légale en supprimant l'obligation de représenter l'invention par un modèle, a également obéi au désir de se mettre au même niveau que les autres nations et à la crainte de mesures de rétorsion (cf. message du CF du 13 nov. 1903, FF 1903 V p. 54).

²⁸ Rapport de Haller et Frey-Godet du 4 déc. 1886 au Département fédéral de l'agriculture, FF 1886 III p. 1055.

²⁹ ATF 16, 418 (JT 1890 I 467), 29 II 722 (JT 1905 I 85), 34 II 355.

³⁰ FF 1907 IV p. 899.

³¹ Voir message du CF du 17 juillet 1906, FF 1906 IV p. 325 ; message du CF du 13 nov. 1903, FF 1903 V p. 49 ss. Discussion et adoption du projet de loi : Bull. stén. 1906 p. 1435-1494 et 1509-1521 ; Bull. stén. CN 1907 p. 103-171, 378-386, 433 ; Bull. stén. CF 1907 p. 189-210, 285-286.

³² Cf. message du CF du 25 avr. 1950, FF 1950 I p. 933-1034 ; message complémentaire du 28 déc. 1951, FF 1952 I p. 1-28 ; débats aux Chambres fédérales : Bull. stén. CN 1952 p. 246-262, 267-280, 323-340, 440-454, 1953 p. 744-752, 1954 p. 15-18, 33-36, 190 ; Bull. stén. CE 1953 p. 329-363, 388-407, 445-449, 1954 p. 49-50, 81-83, 112. ROLF 1955 893.

³³ Voir notamment Tell Perrin, rapport de la commission du CN du 26 mars 1952, Bull. stén. CN 1952 p. 246-247 ; Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 1-4 t. I p. 66-72 ; message du CF du 25 avril 1950, FF 1950 I p. 938 ; Walliser, p. 1 ss.

³⁴ Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 4 t. I p. 71.

³⁵ Cf. notamment message du CF du 13 nov. 1903, FF 1903 V p. 51.

³⁶ Voir message du CF du 25 avr. 1950, FF 1950 I p. 940, 947, 948 ; message complémentaire du 28 déc. 1951, FF 1952 I p. 4 ; débats aux Chambres : Bull. stén. CN 1952 p. 246-262, 267-280 ; Bull. stén. CE 1953 p. 329-363 ; Bull. stén. CN 1954 p. 15-18.

³⁷ La procédure de l'avis documentaire de la loi française n'est cependant pas un examen préalable au sens habituel du terme : l'administration établit une liste des antériorités opposables au brevet, mais octroie le titre quelles que soient ses conclusions.

La divergence de point de vue initiale et fondamentale entre les deux législations a cependant laissé quelques traces dans certaines dispositions, notamment concernant les inventions exclues de la protection : les législateurs français de 1791 et 1844 avaient proclamé la brevetabilité de toutes les inventions, à la seule exception des remèdes (afin d'éviter de favoriser le charlatanisme et la création de monopoles au détriment de la santé publique³⁸), sans attacher une grande importance à l'opposition possible de certaines branches de l'industrie au système des brevets (plus large encore, la loi actuelle ne prévoit aucune exception³⁹). La loi suisse, au contraire, a été construite en fonction des opinions exprimées par les milieux industriels consultés⁴⁰ : l'industrie chimique en particulier s'était opposée au système des brevets en 1888⁴¹ ; l'art. 1^{er} de la loi de 1888, fondé sur l'art. 64 Cst., qui excluait notamment la protection des inventions chimiques, est dû à cette opposition⁴². Aujourd'hui encore, le brevet de substance chimique est prohibé par la loi suisse. Le fameux « paragraphe textile », actuellement aboli, qui interdisait la protection des procédés chimiques de perfectionnement des fibres textiles découlait également de l'opposition des entreprises de la branche⁴³. A l'origine, la loi suisse, destinée avant tout à encourager le progrès technique et non à protéger un droit absolu, a donc réservé sa protection aux seuls domaines où le législateur a estimé qu'elle ne pourrait pas nuire au développement économique et à l'intérêt public⁴⁴ ; les exceptions prévues par la loi suisse de 1954 illustrent encore cette attitude : outre les remèdes dont la brevetabilité a été écartée pour les mêmes raisons qu'en France en 1844, l'art. 2 LBI exclut les inventions de procédés non chimiques pour la fabrication de remèdes, les inventions d'aliments, de denrées fourragères et de boissons, et celles (déjà citées) de substances chimiques. Cette dernière interdiction est due non seulement à l'attitude de l'industrie chimique⁴⁵, mais aussi à l'influence de la doctrine allemande⁴⁶.

2. Divergence dans les systèmes d'octroi de brevets

a) *Généralités* : En France comme en Suisse, la réforme principale introduite par les lois actuelles réside dans l'institution de l'examen de l'invention par l'administration (avis documentaire en France, examen préalable en Suisse)⁴⁷.

³⁸ Cf. Roubier, t. II p. 96 ; Casalonga, t. I n° 217.

³⁹ Sauf, bien entendu, les inventions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, art. 11 L. 2 janv. 1968 ; concernant les médicaments, voir art. 10 L. 2 janv. 1968.

⁴⁰ Cf. notamment rapport présenté au nom d'une fraction de la commission du CE par A. Gavard, avr. 1887, FF 1887 I p. 741 ss ; message du CF du 20 janv. 1888, FF 1888 I p. 187 ss. Pour la revision de 1907, cf. message du CF du 13 nov. 1903, FF 1903 V p. 49-50.

⁴¹ Cette opposition n'était pas générale, mais limitée au domaine de la chimie pour lequel l'industrie chimique réclamait un régime spécial (message du CF du 8 fév. 1881, FF 1881 p. 277.).

⁴² Cf. message du CF du 20 janv. 1888, FF 1888 I p. 189 ; message du CF du 13 nov. 1903, FF 1903 V p. 49-50 ; message du CF du 17 juillet 1906, FF 1906 IV p. 325 ss.

⁴³ Cf. message du CF du 17 juillet 1906, FF 1906 IV p. 326 et 329 ; Bull. stén. 1906 p. 1465 et 1473 ; message du CF du 25 avr. 1950, FF 1950 I p. 965.

⁴⁴ L'universalité de la protection n'a été envisagée par le législateur que sous l'angle de la politique commerciale et en fonction des pressions possibles de l'extérieur : « A la longue, la Suisse ne pourra plus refuser une protection pour des inventions que les autres Etats brevètent sans difficulté » (message du CF du 13 nov. 1903, FF 1903 V p. 55).

⁴⁵ Les milieux de l'industrie chimique seraient actuellement favorables à la brevetabilité des inventions de substances aussi bien que de celles de procédés (cf. Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 20 t. I p. 234, et auteurs cités ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 249).

⁴⁶ Notamment de Kohler (Handbuch, cité par Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 20 t. I p. 234). Notons que la loi allemande actuelle du 2 janv. 1968 (art. 1^{er}) admet le brevet de substance (Stoffpatent. Voir PI 1968 p. 130 ss ; Krieger PI 1968 p. 151 ; Krausse/Kathlun/Lindenmaier § 1 n° 73 ss).

⁴⁷ Message du CF du 25 avr. 1950, FF 1950 I p. 938 ; Savignon PI 1968 p. 80.

Par des institutions présentant une grande analogie, les deux législateurs ont voulu garantir à l'inventeur un titre de valeur, facilement négociable ⁴⁸. Jusqu'alors, le brevet délivré au déposant sans examen ne présentait qu'un intérêt limité : le rapporteur Tell Perrin déclarait ainsi au Conseil national le 26 mars 1952 : « Les brevets suisses actuels sont ce qu'on pourrait appeler familièrement des « feuilles de choux », parce que ce ne sont guère que des certificats de dépôt, attestant qu'à tel moment X a déposé la demande de brevet décrite. » ⁴⁹ De même, selon le rapporteur français au Sénat M. Marcilhacy, le système de l'enregistrement en vigueur en France jusqu'en 1968 ne donnait à l'inventeur qu'une « médaille de chocolat » ⁵⁰.

Chose curieuse, alors que le législateur suisse justifie l'institution de l'examen préalable par la facilité qu'elle donne au petit inventeur de vendre son invention ⁵¹, le législateur français souligne que la procédure de l'avis documentaire favorise les grands bureaux d'études et les industries de pointe ⁵².

Tant en France qu'en Suisse, l'examen administratif sera introduit graduellement par secteurs techniques.

b) *Droit suisse* : En Suisse, la majeure partie des brevets est actuellement encore délivrée sans examen préalable : celui-ci est limité aux inventions ayant principalement pour objet les procédés chimiques pour le perfectionnement des fibres textiles, les produits obtenus par ces procédés (art. 87 al. 2 litt. a LBI) ⁵³, et les inventions relatives à la mesure du temps (art. 87 al. 2 litt. b LBI). Le système de l'examen préalable pourra être étendu par la suite à d'autres domaines de la technique par voie d'arrêtés fédéraux soumis au référendum ⁵⁴.

⁴⁸ Message du CF du 25 avr. 1950, FF 1950 I p. 940 ; JO Débats Ass. Nat. 1967 p. 2585 ss, 5863 ss, Sénat 1967 p. 1984 ss. La fermeture du Bureau allemand des brevets de Berlin après la guerre a été une raison supplémentaire d'introduire l'examen préalable en Suisse (cf. message du CF du 25 avr. 1950, FF 1950 I p. 941 ; message complémentaire du 28 déc. 1951, FF 1952 I p. 2.)

⁴⁹ Bull. stén. CN 1952 p. 247.

⁵⁰ Citation de M. Armengaud, JO Débats Sénat 1967-68 p. 1986, et de M. Herzog, JO Débats Ass. Nat. 1967-68 p. 5863.

⁵¹ Message du CF du 25 avr. 1950, FF 1950 I p. 940 : « N'oublions pas que de nombreux inventeurs ne sont pas en mesure d'exploiter eux-mêmes leurs inventions et qu'ils ne peuvent en tirer profit qu'en les vendant. »

⁵² Cf. notamment Exposé des motifs de M. Herzog, JO Ass. Nat. 1966-67 doc. annexe n° 244 p. 1593 ; Marcilhacy, JO Débats Sénat 1967-68 p. 1985 : « L'heure est aux bureaux d'études, à la collaboration des inventeurs, à la recherche organisée, aux moyens considérables mis au service de la recherche. Par conséquent, la loi se devait d'être adaptée à une toute nouvelle situation » ; selon M. Herzog, le brevet français, arme économique de première importance, doit être un titre sérieux, pour faire bonne figure face à la technique étrangère (JO Débats Ass. Nat. 1967-68 p. 5863) ; il convient toutefois de relever que le législateur français a tenu compte du fait que les industriels préfèrent acheter des brevets ou des licences qui ont fait l'objet d'un examen préalable à l'étranger plutôt que d'investir dans l'exploitation d'un brevet français dont la nouveauté est douteuse : indirectement, l'intérêt du petit inventeur à vendre facilement son brevet a donc été pris en considération ; mais le législateur n'y a pas fait allusion (cf. rapport fait au nom de la commission de la production et des échanges par M. Herzog, JO Ass. Nat. 1966-67 doc. annexe n° 320 p. 1698).

⁵³ Cf. Matzinger, Welche Erfindungen aus dem Textilgebiet sind nach dem schweizerischen Patentgesetz der amtlichen Vorprüfung unterstellt, RSPI 1967 p. 41 ss ; ATF 79 II 224 (JT 1954 I 204), 82 II 340 (JT 1957 I 557).

⁵⁴ Selon toute probabilité, cette extension ne sera pas réalisée dans un proche avenir. La République fédérale d'Allemagne elle-même a renoncé à l'examen préalable pour adopter la procédure de l'examen différé, qui est fort en faveur aujourd'hui (cf. loi allemande du 2 janv. 1968, PI 1968 p. 130 ; Krieger, PI 1968 p. 151 ss ; Pointet, RSPI 1969 p. 22-23 ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 628-630 ; R. Plaisant, Juris-Classeur commercial, Annexes Brevets d'Invention, fasc. XVI coté 5 1969 n° 47). Cependant, une procédure d'examen est prévue dans le projet de convention instituant un système européen de délivrance de brevets. L'entrée en vigueur de cette convention amenuisera donc considérablement l'intérêt d'un examen à l'échelon national.

Afin de procéder à cet examen, le Bureau fédéral de la propriété intellectuelle dispose de trois instances (art. 88 LBI) : les examinateurs, les sections des brevets, et les sections de recours. La demande de brevet est soumise à l'examineur (art. 96 LBI) qui peut la rejeter (art. 97 LBI) ; si aucune raison ne paraît s'opposer à la délivrance du brevet, l'examineur ordonne la publication du contenu essentiel de la demande (art. 98 et 99 LBI) ; chacun peut, dans les trois mois qui suivent la publication, s'opposer à la délivrance du brevet (art. 101 LBI). S'il n'y a pas d'opposition, l'examineur délivre le brevet ; en cas d'opposition, l'affaire est transmise à la section des brevets (art. 102 LBI) qui comprend trois membres, juristes et techniciens, dont l'examineur (art. 90 LBI).

La décision de cette section, comme celle de l'examineur, peut être déferée (aussi bien par l'opposant que par le déposant) à la section des recours (celle-ci est composée de trois membres qui ne peuvent appartenir aux sections des brevets : art. 91 LBI) dans les deux mois dès sa communication (art. 106 LBI). Les décisions des sections des recours sont définitives. Si l'une d'elles entend déroger à une décision de principe d'une autre section, le consentement de cette dernière doit être acquis (art. 93 LBI).

L'examen préalable porte sur la forme de la demande, sur le caractère industriel de l'invention, sur sa conformité aux bonnes mœurs, sa nouveauté, son originalité (niveau inventif) et sur le progrès technique qu'elle apporte ⁵⁵ ; l'administration vérifie également si l'invention ne tombe pas sous le coup de l'art. 2 LBI (qui exclut les brevets de substances chimiques, remèdes, aliments, boissons, etc.).

L'examen préalable n'est cependant appliqué qu'à une très faible proportion des brevets délivrés en Suisse ⁵⁶. Le système de l'avis préalable (fort proche de l'enregistrement pur et simple) ⁵⁷ régit toutes les inventions qui n'appartiennent pas aux domaines industriels visés par l'art. 87 LBI (fibres textiles et horlogerie).

Cette procédure, réglée par l'art. 59 LBI, ne donne au Bureau fédéral que le pouvoir d'examiner si l'invention est utilisable industriellement, si elle est conforme aux bonnes mœurs et si elle n'entre pas dans l'une des catégories exclues de la protection par l'art. 2 LBI. Le Bureau rejette la demande sans autre formalité si l'une ou l'autre de ces conditions n'est pas satisfaite. Le Bureau fédéral vérifie en outre si les exigences légales de forme sont remplies (art. 9 et 49 à 55 LBI) ; il impartit au déposant un délai pour régulariser la demande. L'ingéniosité et la nouveauté de l'invention ne sont pas examinées par l'administration, mais uniquement par les tribunaux ordinaires. S'il s'aperçoit que l'invention revendiquée n'est pas nouvelle, le Bureau en avertit le déposant (art. 59 al. 4 LBI) ; ce dernier peut cependant maintenir sa demande. Les décisions du Bureau ne peuvent être attaquées que devant le Tribunal fédéral, par voie de recours de droit administratif (art. 59 al. 6 LBI).

L'examen du caractère industriel par le Bureau fédéral permet à celui-ci de rejeter notamment les inventions fantaisistes ou qui ne pourraient pas fonctionner (par exemple mouvement perpétuel ⁵⁸ ; appareil pour correspondre avec les Martiens et faciliter leur atterrissage ⁵⁹ ; bracelet ou collier destiné à protéger celui qui le porte contre les radiations cosmiques ⁶⁰ ; procédé chimique pour la transmutation des métaux en or ⁶¹).

⁵⁵ Ces exigences sont tirées des art. 1^{er}, 2 et 7, auxquels renvoie l'art. 96 al. 2 LBI.

⁵⁶ Environ 6 % (PI 1969 p. 335).

⁵⁷ Cf. Offermann, p. 60 ; Pointet, p. 22.

⁵⁸ ATF 72 371 (JT 1947 I 247) ; Weidlich/Blum, p. 98 n° 24 ; Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 27 t. I p. 138.

⁵⁹ Blum/Pedrazzini, *ibid.*

⁶⁰ ATF 91 I 152 ss.

⁶¹ ATF 56 I 201 (JT 1930 I 596).

La décision du Bureau fédéral ne lie cependant pas les tribunaux. Leur cognition n'est pas limitée non plus par les conclusions de l'examen préalable, qui ne doit pas être assimilé à une garantie de validité du brevet.

c) *Droit français*

aa) *Loi du 5 juillet 1844*: La loi française du 5 juillet 1844 connaissait le système de l'enregistrement pur et simple ; l'Institut National de la Propriété industrielle à Paris se bornait à vérifier si les formes légales de la demande étaient respectées (art. 5 à 7 et 12) et si l'invention constituait un remède ou contrevenait aux bonnes mœurs (art. 3) ⁶² ; les brevets étaient délivrés sans examen préalable ni garantie de la réalité, de la nouveauté ou du mérite de l'invention (art. 11), et constituaient de simples certificats de dépôt.

L'art. 11 bis de la loi du 5 juillet 1844 introduit par le décret-loi n° 55-652 du 20 mai 1955 prévoyait certes la délivrance obligatoire d'un avis documentaire sur la nouveauté cinq ans après le dépôt de la demande. Cette disposition n'a toutefois jamais été appliquée, parce que le décret qui devait la compléter n'a jamais été publié ⁶³.

Par contre, une procédure analogue d'avis documentaire a été en vigueur ⁶⁴ pour les inventions de remèdes couvertes par le « brevet spécial de médicament » ⁶⁵.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 2 janvier 1968, ces procédures ne présentent plus qu'un intérêt historique.

bb) *Loi du 2 janvier 1968*: Alors que la loi du 5 juillet 1844 ne connaissait que le brevet d'invention, la loi du 2 janvier 1968 (art. 3) crée deux titres différents : le brevet proprement dit, qui est soumis à la procédure de l'avis documentaire, et le certificat d'utilité, qui ne l'est pas ; la durée du brevet est de vingt ans, celle du certificat d'utilité, de six ans.

Le déposant choisit à son gré l'un ou l'autre titre ; les inventions de médicaments ne peuvent toutefois pas être protégées par un certificat d'utilité.

Ce dernier titre a été envisagé pour la protection des petits inventeurs et des artisans ⁶⁶.

La coexistence de deux titres différents avait été rejetée d'abord par le Sénat ; l'Assemblée Nationale refusa de le suivre ⁶⁷. Le législateur français s'est donc engagé dans une voie opposée à celle choisie par le Conseil fédéral suisse qui, placé devant le même problème en 1951, avait préféré renoncer à créer deux espèces de brevets ⁶⁸. La loi du 2 janvier 1968 a légèrement étendu (art. 16, ch. 5)

⁶² Cf. Mathély/Plaisant, fasc. XVI coté 11 1957 n° 68-69.

⁶³ Cf. R. Plaisant, Juris-Classeur commercial, Annexes Brevets d'Invention, fasc. XVI coté 11 1957 n° 77, fasc. XV coté 5 1969 n° 2.

⁶⁴ L'avis documentaire était établi par l'Institut international des brevets à La Haye.

⁶⁵ Institué par l'Ordonnance n° 59-250 du 4 fév. 1959 (JO 8 fév. 1959), dont le texte a été introduit dans les art. L. 603, 604 et 605 du Code de la Santé publique ; cf. également décret n° 60-507 du 30 mai 1960 (JO 31 mai 1960) ; arrêté du 29 déc. 1961 (JO 31 déc. 1961) ; arrêté du 7 juin 1960 (JO 9 juin 1960) ; arrêté du 6 mars 1962 (JO 15 mars 1962) ; arrêté du 12 avr. 1962 (JO 20 avr. 1962).

⁶⁶ Rapport de M. Herzog, JO Débats Ass. Nat. 1967-68 p. 5863.

⁶⁷ M. Herzog, *ead. loc.*

⁶⁸ Message du CF du 28 déc. 1951, FF 1952 I p. 3 ss: la société suisse des constructeurs de machines avait proposé une « procédure de préavis » analogue au système français actuel, qui ne permettait pas à l'administration de rejeter la demande après examen ; le système de l'examen facultatif avait également été proposé. Le Conseil fédéral a rejeté ces propositions en faisant valoir que la valeur commerciale des brevets qui n'auraient pas obtenu l'« approbation » (*sic*) du Bureau aurait été douteuse ; en outre, la procédure de préavis aurait donné autant de travail au Bureau que l'examen préalable. Quant au système de l'examen facultatif, il présente également l'inconvénient de créer deux sortes de brevets.

le pouvoir d'examen de l'INPI quant au caractère industriel de l'invention, sans lui donner cependant une compétence aussi large que celle du Bureau fédéral. L'INPI ne peut en effet rejeter que les demandes dont l'objet constituerait manifestement une création de caractère exclusivement ornemental ou abstrait (programme d'ordinateurs, méthodes financières, etc. : cf. art. 16 ch. 5, 7 ch. 2 et 3)⁶⁹, alors que l'examen de l'administration suisse n'est pas limité. Cette vérification du caractère industriel par l'INPI porte aussi bien sur les demandes de brevets que sur les demandes de certificats d'utilité (art. 3 al. 2, 16 ch. 5, 19 al. 1). Le rejet doit être motivé (art. 67) ; il est susceptible d'un recours à la Cour d'appel de Paris (art. 68).

La procédure de l'avis documentaire, réforme essentielle introduite par la loi nouvelle, ne constitue en fait qu'un « succédané d'examen préalable »⁷⁰ réservé aux brevets : même si l'avis est négatif, le brevet est toujours délivré⁷¹. Le législateur a cependant préféré ce système simplifié à celui de l'examen préalable complet, en raison de la lenteur et des frais d'une telle procédure⁷² et malgré l'importante garantie qu'elle donne au brevet.

Toutefois, les effets de l'avis documentaire seront sans doute assez proches des résultats de l'examen préalable : l'apparition d'antériorités en cours de procédure incitera probablement le déposant à renoncer au brevet⁷³.

L'avis documentaire consiste en un recensement des éléments de l'état de la technique qui sont susceptibles d'affecter la brevetabilité de l'invention (art. 19 L. 2 janvier 1968, art. 33 du décret du 5 décembre 1968 n° 68-1100 relatif aux demandes de brevets d'invention) en permettant de conclure que l'invention revendiquée n'est pas nouvelle (art. 8 L. 2 janvier 1968) ou qu'elle découlait évidemment de ces éléments (art. 9 L. 2 janvier 1968)⁷⁴. Ceux-ci figurent cependant dans

⁶⁹ Cf. Savignon, PI 1968 p. 81.

⁷⁰ Chavanne, Rev. trim. de dr. com. 1968 p. 677 ; cf. également R. Plaisant, Juris-Classeur commercial, Annexes Brevets d'invention, fasc. XVI coté 5 1969 n° 24 *in fine* : « La loi française s'en tient à l'avis documentaire. C'est en principe un pauvre substitut de l'examen, seule l'expérience permettra d'en juger en pratique. »

⁷¹ R. Plaisant, *op. cit.*, n° 23.

⁷² M. Herzog, JO Débats Ass. Nat. 1967-68 p. 5863.

⁷³ R. Plaisant, Juris-Classeur commercial, Annexes, Brevets d'invention, fasc. XVI coté 5 1969 n° 29.

⁷⁴ Ce dernier point n'est pas absolument clair : étant donné que l'art. 19 al. 2 et l'art. 33 L. 2 janv. 1968 renvoient expressément à l'art. 9, qui définit l'activité inventive, l'avis documentaire, et par conséquent l'examen de l'INPI, doit porter également sur l'activité inventive, et non seulement sur la nouveauté ; cependant, la doctrine parle uniquement d'un avis portant sur la nouveauté. Cette attitude provient sans doute de l'inclusion de la notion d'« activité inventive » (c'est-à-dire de non-évidence) dans celle de « nouveauté » au sens large (cf. R. Plaisant, Juris-Classeur commercial, Annexes Brevets d'invention, fasc. III à XXXVIII cotés 5 1969 n° 32 ss ; fasc. XVI coté 5 1969 n° 40 1° et n° 52, où l'auteur souligne que le juge trouvera une bonne base d'appréciation de l'activité inventive dans l'avis documentaire). Toutefois, M. Herzog soulignait, dans son rapport à l'Assemblée Nationale, que l'examen de la seule antériorité était le but de la loi nouvelle, en l'opposant à l'examen de la valeur inventive auquel il valait mieux renoncer, même si ce système lent et lourd donnait une solide garantie (JO Débats Ass. Nat. 1967 p. 5863). Cette position paraît contredire le texte proposé à cette occasion à l'Assemblée Nationale, qui prévoyait déjà sans équivoque un avis documentaire portant sur l'activité inventive, et non seulement sur la nouveauté (JO Débats Ass. Nat. 1967 p. 5872 art. 18 et p. 5870 art. 8^{quater}), comme le texte définitif.

Il faudrait donc admettre que, par « valeur inventive », le rapporteur entendait le progrès réalisé par l'invention, et non son originalité. Cette interprétation est confirmée par l'assimilation que le rapporteur fait ailleurs (JO Ass. Nat. 1966-67 Doc. annexe n° 244 p. 1593) de l'activité inventive à la « nouveauté intrinsèque ».

Selon R. Plaisant (Juris-Classeur commercial Annexes Brevets d'invention fasc. XVI coté 5 1969 p. 8 n° 50), il serait conforme au vœu du législateur de ne retenir dans l'avis documentaire que les antériorités détruisant à coup sûr la nouveauté au sens large.

la liste sans qu'il soit précisé s'ils sont cités au titre de l'art. 8 ou de l'art. 9 (art. 33 al. 1 du décret 68-1100 du 5 décembre 1968). Si la recherche n'a pas permis de citer d'antériorités, mention en est faite dans l'avis (art. 33 al. 3 du décret du 5 décembre 1968).

L'avis documentaire est établi ⁷⁵ selon la procédure prévue à l'art. 20 de la loi du 2 janvier 1968, réglée dans ses détails par le décret du 5 décembre 1968 : un projet d'avis documentaire est immédiatement notifié au déposant ; celui-ci peut présenter ses observations et déposer une nouvelle rédaction de ses revendications dans un délai de deux mois dès la réception du premier projet (art. 38 du décret du 5 décembre 1968). La même procédure est appliquée après l'établissement du second projet d'avis documentaire. Le dossier de la demande est rendu public après l'expiration du délai (art. 39 du décret du 5 décembre 1968). Dès cette publication et pendant un délai de trois mois, tout tiers peut présenter une liste d'antériorités susceptibles d'affecter la brevetabilité de l'invention (art. 40 du décret du 5 décembre 1968). L'INPI notifie ces observations au déposant, qui peut présenter ses propres remarques et une nouvelle modification de ses revendications dans les deux mois (art. 41 du décret du 5 décembre 1968). A l'expiration de ce délai, l'avis documentaire définitif est dressé, compte tenu, s'il y a lieu, des antériorités citées par les tiers et des observations du déposant (art. 42 al. 2 du décret du 5 décembre 1968). Si les tiers n'ont présenté aucune antériorité, l'avis documentaire définitif maintient la teneur du second projet (art. 42 al. 1 du décret du 5 décembre 1968), et il est dressé à l'expiration du délai de l'art. 40. Le brevet est délivré à la fin de la procédure, accompagné de l'avis documentaire (art. 21 L. du 2 janvier 1968, art. 46 ss du décret du 5 décembre 1968). Etant donné que le brevet est octroyé quelles que soient les conclusions de l'administration, il va de soi que les tribunaux ne sont pas liés par l'avis documentaire quant à sa validité.

La procédure de l'avis documentaire est appliquée progressivement aux divers secteurs de la technique et par référence à la classification internationale des brevets d'invention instituée par la Convention européenne du 19 décembre 1954 ⁷⁶ (art. 73 al. 2 L. du 2 janvier 1968, art. 100 du décret du 5 décembre 1968). Les premiers secteurs soumis à cette procédure sont hétérogènes : les arrêtés ministériels des 5 décembre 1968 ⁷⁷ et 8 septembre 1969 ⁷⁸ embrassent des domaines aussi divers que par exemple l'agriculture, l'aviation, les réacteurs nucléaires, la télévision, les cosmétiques, les véhicules, le verre, le bâtiment, ou encore le laser.

D'ores et déjà, le champ d'application de la procédure d'avis documentaire est beaucoup plus étendu que celui de l'examen préalable en Suisse. Il est sans doute appelé à s'étendre à tous les secteurs industriels à bref délai. L'art. 73 al. 3 de la loi du 2 janvier 1968 oblige d'ailleurs déjà tout breveté dont la demande a été déposée après le 1^{er} janvier 1969 (date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi) à demander l'avis documentaire pour former une action en contrefaçon, même si la demande n'était pas soumise à la nouvelle procédure au moment du dépôt.

⁷⁵ L'élaboration de l'avis documentaire est confiée à l'Institut international des Brevets de La Haye (cf. Weinstein, p. 59 ; R. Plaisant, *Juris-Classeur commercial Annexes Brevets d'invention* fasc. XVI coté 5 1969 n° 25 ; M. Herzog, *Exposé des motifs*, JO Ass. Nat. 1966-67 doc. annexe n° 244 p. 1593 ; A. Armengaud, *Avis présenté au nom de la Commission des Finances*, JO Sénat 1967 doc. annexe n° 46 p. 7 n. 1 et p. 8 n. 1).

⁷⁶ Convention européenne sur la classification internationale des brevets d'invention (PI 1955 p. 3).

⁷⁷ Arrêté relatif aux demandes de brevet d'invention et de certificat d'addition soumises à l'avis documentaire (JO 7 déc. 1968).

⁷⁸ Arrêté déterminant les demandes de brevet d'invention et de certificat d'addition soumises à l'avis documentaire (JO 17 sept. 1969).

Quoiqu'il ne puisse pas aboutir au rejet de la demande, le contrôle de l'invention par l'administration est donc actuellement beaucoup plus important en France qu'en Suisse, où l'examen préalable reste encore l'exception. L'INPI demeure toutefois plus limité que le BFPI dans l'examen du caractère industriel de l'invention.

3. La revendication

a) *Généralités*: La demande de brevet est rédigée selon des règles strictes dans les deux droits. Etant donné que l'étendue de la protection et la brevetabilité de l'invention dépendent de la description que l'auteur donne de sa découverte dans la demande, ces règles revêtent une grande importance.

Dans les deux pays, la demande se compose d'une requête sollicitant la délivrance du brevet et d'une description de l'invention, accompagnée des dessins nécessaires à l'intelligence de la description (art. 49 al. 2 LBI ; art. 5 ch. 1, 2 et 3 L. 5 juillet 1844 ; art. 13 al. 3 L. 2 janvier 1968).

Une différence fondamentale distingue cependant la loi française du 5 juillet 1844 de la loi actuelle et de la loi suisse : alors que l'ancienne loi permet de fixer la portée du brevet d'après l'ensemble de la description et des dessins, la loi suisse et la loi française du 2 janvier 1968 (comme de nombreuses lois étrangères) contraignent le déposant à définir son invention dans une ou plusieurs « revendications », sorte de résumés des points essentiels de l'invention que l'inventeur considère comme sa création, d'après lesquelles sont déterminées la nouveauté de l'invention et l'étendue de la protection.

b) *Droit suisse*: La première loi suisse de 1888 n'attribuait à la revendication qu'une valeur indicative : elle permettait au lecteur de discerner plus facilement les points essentiels de l'invention ; les éléments caractéristiques devaient cependant être tirés de l'ensemble de la description ; l'art. 14 ch. 1 de la loi de 1888, qui exigeait la présence de la revendication, n'était qu'une prescription d'ordre : il fallait éviter qu'une rédaction maladroite de la revendication pût nuire à l'inventeur ⁷⁹.

La loi de 1907 a cependant fait de la revendication la « pierre angulaire » du brevet ⁸⁰. Depuis lors, la jurisprudence fédérale a constamment répété que la protection du brevet ne s'étendait qu'aux éléments décrits dans la revendication, et que la description ne pouvait servir qu'à interpréter cette dernière, et non à la compléter ⁸¹. Cette règle se fonde d'ailleurs sur un texte légal clair (art. 51 al. 2 et 50 al. 2 LBI).

Etant donné que seuls les éléments constitutifs de l'invention indiqués dans la revendication sont protégés, il va de soi que l'examen de la nouveauté de l'invention et des autres critères de la brevetabilité ne peut porter que sur ces éléments ⁸².

La revendication ne peut définir qu'une invention (procédé ou produit, ou application d'un produit ou d'un procédé : art. 52 al. 1 LBI) ; le brevet contient tout au plus quatre revendications relatives à un même objet (art. 52 al. 2 LBI).

⁷⁹ ATF 21 II 297 et 307, 24 II 468, 30 II 115 (Ann. jur. XII 1904 n° 62 p. 24 ; RJ XXII p. 134), 33 II 634, 34 II 60 (Ann. jur. XVI 1908 n° 89 p. 34), 37 II 267 (Ann. jur. XIX 1911 n° 80 p. 34-35), 37 II 283, 37 II 576 (Ann. jur. XIX 1911 n° 82 p. 35), 43 II 105, 43 II 524.

⁸⁰ Message du CF du 17 juillet 1906, FF 1906 IV p. 331 ; Bull. stén. CE 1906 p. 1490 ; ATF 70 II 232 (JT 1945 I 139).

⁸¹ ATF 44 II 200, 47 II 495, 48 II 294 (JT 1922 I 444), 49 II 515 (JT 1924 I 209), 50 II 72, 53 II 68, 53 II 186 (JT 1927 I 635), 57 II 233, 69 II 332 (JT 1944 I 126), 70 II 232 (JT 1945 I 139), 71 II 296 (JT 1946 I 305), 64 II 392 (JT 1939 I 87), 82 II 250, 85 II 136, 86 II 104 (JT 1960 I 606), 89 II 171 (JT 1963 I 612), 83 II 224 (JT 1957 I 556-557).

⁸² ATF 85 II 136, 57 II 230, 71 II 302 cons. 2 (JT 1946 I 309), 86 II 103 (JT 1960 I 606.).

Les formes spéciales d'exécution de l'invention définie dans la revendication peuvent faire l'objet de sous-revendications ; leur nombre n'est pas limité. En principe, les sous-revendications sont destinées à préciser la revendication, et non à étendre la portée du brevet au-delà des termes de celle-ci ⁸³.

c) *Droit français*

aa) *Loi du 5 juillet 1844*: Sous l'ancien régime, la demande de brevet devait être limitée à un seul objet principal, avec les objets de détail qui le constituaient et les applications qui en auraient été indiquées (art. 6 al. 1 L. 5 juillet 1844). Le nombre des applications décrites n'était pas limité, contrairement à celui des revendications en droit suisse.

Selon l'art. 6 al. 5 de la loi du 5 juillet 1844, et l'art. 2 ch. 9 de l'arrêté du 11 août 1903 déterminant les formalités imposées aux inventeurs, la description devait se terminer par un résumé aussi concis que possible des points caractéristiques de l'invention. Ce résumé n'a toutefois nullement l'importance qu'a la revendication dans le droit suisse actuel, mais joue le même rôle que celle de la loi fédérale de 1888. Le résumé, qui n'est qu'un auxiliaire, ne limite pas juridiquement la portée de l'invention. Il est indissociable de la description ⁸⁴.

L'arrêté du 13 avril 1956 ⁸⁵ a introduit l'abrégé descriptif : il s'agit d'un résumé de l'invention et des moyens essentiels de sa réalisation, établi à des fins purement documentaires. L'abrégé ne constitue pas un élément du brevet ; il ne peut en être tenu compte pour définir les droits du breveté (arrêté du 13 avril 1956, art. 1^{er} al. 2). Ces abrégés sont publiés par l'INPI dans les deux mois dès la délivrance du brevet (art. 3 de l'arrêté du 13 avril 1956) ⁸⁶.

La validité et la portée de l'invention doivent être appréciées d'après l'ensemble de la description ⁸⁷. En vertu de l'art. 71 de la loi du 2 janvier 1968, cette règle s'appliquera encore à tous les brevets demandés avant le 1^{er} janvier 1969.

Cette solution très souple est certainement favorable à l'inventeur, qui n'a pas l'obligation de définir exactement les points sur lesquels il entend faire porter son monopole ; mais elle présente un grand inconvénient pour les industriels qui distinguent souvent difficilement à la lecture de la description les limites exactes fixées à leur activité par le brevet ⁸⁸.

bb) *Loi du 2 janvier 1968*: La Convention de Strasbourg sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention a été signée le 27 novembre 1963 dans le cadre du Conseil de l'Europe, notamment par la France et la Suisse ; elle n'est pas encore entrée en vigueur ⁸⁹. L'art. 8 de cette convention oblige les Etats signataires à exiger dans la demande de brevet la présence d'« une ou plusieurs revendications définissant la protection demandée ». Selon l'al. 3 de cette disposition, « l'étendue de la protection est déterminée par la teneur des revendications. Toutefois, la description et les dessins servent à interpréter les revendications. » ⁹⁰

⁸³ Cf. ATF 86 II 103 (JT 1960 I 606) ; Blum/Pedrazzini, art. 55 rem. 1 et 5b t. III p. 306 et 315-316.

⁸⁴ Mathély/Plaisant, fasc. XV coté 11 1957 n° 52 ; Valancogne, t. I n° 193 p. 99 et arrêts cités.

⁸⁵ Arrêté relatif aux abrégés descriptifs des brevets d'invention (JO 19 avr. 1956).

⁸⁶ Cf. également l'arrêté du 30 mars 1966 (JO 7 et 27 avr. 1966).

⁸⁷ Mathély/Plaisant fasc. XV coté 11 1957 n° 52 et 90, et références ; Truffaut c. Sté Collect-organe, Paris 8 janv. 1962, cité par Mathély/Plaisant, *ibid.* Mathély/Plaisant fasc. XVII coté 11 1957 n° 14 et références ; Casalunga, t. I n° 358 ; Roubier, t. I p. 335 et 337 ; Cass. civ. 19 nov. 1940, JCP 42 II 1806, et n. de M. Roubier ; Paris 22 juin 1936, Ann. 1938 p. 59 ; Cass. req. 13 fév. 1934, Ann. 1935 p. 76.

⁸⁸ Mathély/Plaisant, fasc. III à XXXVIII cotés 5 1969 n° 1 et 62 ; Valancogne, t. I n° 114 p. 101 ; Roubier, t. I p. 337.

⁸⁹ PI 1970 p. 35.

⁹⁰ Concernant la revendication, cf. Paris 6 mai 1969, Ann. 1969 p. 1 ; P. Mathély, PI 1971 p. 290.

Si l'art. 8 de la Convention de Strasbourg confirmait les règles du droit suisse, il était diamétralement opposé à la loi française du 5 juillet 1844. L'un des buts principaux de la réforme de 1968 était donc de conformer le droit français à cette convention, quoique cette dernière n'ait pas encore été ratifiée par la France ⁹¹ : l'art. 13 de la loi du 2 janvier 1968 stipule que la demande doit comporter « des revendications définissant l'étendue de la protection demandée ». Contrairement à la loi suisse, la nouvelle loi française ne limite pas le nombre des revendications. Elle ne prévoit pas non plus de sous-revendications. L'art. 28 al. 1 reprend la règle de l'art. 8 al. 3 de la Convention de Strasbourg : « L'étendue de la protection conférée par le brevet est déterminée par les revendications. La description et les dessins servent à interpréter les revendications. » Cette règle est identique à celle du droit suisse : la description et les dessins ne peuvent pas servir à élargir le contenu de la revendication, mais seulement à l'interpréter ⁹².

Inversement, l'objet des revendications ne peut s'étendre au-delà du contenu de la description complétée, le cas échéant, par les dessins (art. 28 L. 2 janvier 1968).

Seuls étant protégés les éléments revendiqués, il est évident que les conditions de validité ou de nullité du brevet doivent être appréciées exclusivement en fonction de ces éléments.

La loi nouvelle a repris le système de l'abrégé descriptif documentaire ; l'art. 10 du décret 68-1100 du 5 décembre 1968 relatif aux demandes de brevet ⁹³ précise que cet abrégé ne constitue pas un élément du brevet et qu'il ne définit pas les droits du breveté.

⁹¹ Cf. M. Herzog, JO Débats Ass. Nat. 1967 p. 2594-2595 ; remarques des sénateurs P.-Ch. Krieg et J. Foyer, JO Débats Sénat 1967 p. 5869 ; avis de M. Armengaud, JO Sénat 1967 doc. annexe n° 46, où la convention figure en annexe ; Mathély/Plaisant, fasc. III à XXXVIII cotés 5 1969 n° 1 et 2, fasc. XV coté 5 1969 n° 58.

⁹² Weinstein, p. 39 ; Mathély/Plaisant, fasc. III à XXXVIII cotés 5 1969 n° 66.

⁹³ JO 7 déc. 1968.

II L'INVENTION

1. Notion

a) *Généralités* : La loi protège les inventions. Aucune disposition dans quelque droit que ce soit, ne donne cependant de définition, à proprement parler, de cette notion ⁹⁴, ⁹⁵. Le droit se réfère par conséquent à l'acception générale du terme ⁹⁶.

Qu'est-ce qu'une invention, au sens général ? Les définitions données par les dictionnaires, aussi bien français qu'allemands, sont semblables : selon le dictionnaire Larousse, inventer signifie « imaginer le premier quelque chose de nouveau : Gutenberg inventa l'imprimerie. Créer par la force de son imagination » ; selon l'Encyclopédie Brockhaus : « Erfindung, ein Einfall der schöpferischen Phantasie, der nach den Formgesetzen der realen Welt oder einer geistigen Wirklichkeit zu einem Ding oder Werk gestattet wird (Werkzeuge, Maschinen ; dichterische Gestalten, künstlerische Motive). Heute denkt man zuerst an technische Erfindungen. » ⁹⁷

Une invention est donc l'idée d'une création nouvelle, dans quelque domaine que ce soit ⁹⁸ ; la nouveauté est l'élément essentiel de l'invention ⁹⁹.

⁹⁴ L'art. 9 L. 2 janvier 1968 donne, il est vrai, une définition de l'« activité inventive » exigée de l'invention brevetable ; il ne s'agit cependant pas là de la définition de l'invention en général, à laquelle se réfère, *a contrario*, l'art. 6 al. 2 ; cette disposition réserve en effet la protection légale aux inventions impliquant une activité inventive : il existe donc des inventions qui n'impliquent pas d'activité inventive au sens juridique.

⁹⁵ Le Tribunal fédéral n'assimile cependant pas cette absence de définition légale à une lacune que le juge devrait combler en vertu de l'art. 1^{er} CCS, comme le voudraient certains auteurs (Offermann, p. 35 ; Steck, p. 8 ; Schenkel, p. 7).

⁹⁶ La doctrine dominante en Suisse estime cependant que la définition ne peut avoir de sens qu'en fonction de la loi sur les brevets (cf. Walleser, p. 1 ; Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 1 t. I p. 66, qui admettent toutefois que le droit des brevets ne règle que quelques aspects de l'invention et se réfère à une notion préalable ; Bircher, p. 9 ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 163 ; de Mestral, p. 15) ; on peut objecter à cette opinion que ce n'est pas la loi qui a créé la notion d'invention, mais l'invention qui est à l'origine de la loi.

⁹⁷ Traduction : invention, une idée de l'imagination créatrice qui prend, selon les lois du monde réel ou d'une réalité intellectuelle, la forme d'un objet ou d'une œuvre (outils, machines ; tournures poétiques, motifs artistiques). Aujourd'hui, on pense avant tout à des inventions techniques.

⁹⁸ Au cours de la discussion de la loi française du 5 juillet 1844, Delespaul avait demandé l'introduction du terme « idée nouvelle » dans le texte (cf. Roubier, t. II p. 61). Le rapporteur Dupin s'y était opposé en faisant valoir que beaucoup d'inventions reposaient sur une idée ancienne. Roubier (*loc. cit.*) reprend cette démonstration. Celle-ci ne nous paraît pas convaincante : par définition, une nouveauté contient nécessairement une idée nouvelle, même si elle illustre un principe ancien (cf. TF 24 mai 1901, Philippe et Roussel c. Goerz, JT 1902 I 391, Ann. jur. IX 1901 n° 62 p. 21-22).

⁹⁹ « Une condition fondamentale et essentielle de la légitimité d'un brevet sera donc qu'il y ait *invention*, c'est-à-dire nouveauté » : Renouard, n° 35 p. 237 ; Roubier, t. I p. 67, selon lequel le trait essentiel de l'invention est son caractère inattendu ; Casalonga, n° 6 ; Mathély/Plaisant, fasc. IV coté 5 1958 n° 36 : « Le mot invention signifie simplement trouver quelque chose de nouveau » ; Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 7 t. I p. 75-76 et art. 7 rem. 2 et 3 t. I p. 335-337 ; Dürr, art. 1^{er} p. 5 ; de Mestral, p. 41-42.

Les lois françaises et suisses ne protègent toutefois que les « inventions nouvelles » ; doit-on en conclure qu'il existe des inventions qui ne sont pas nouvelles, ou faut-il voir là un pléonasme ?

Certains auteurs suisses et allemands, ainsi que le Tribunal fédéral, n'hésitent pas à affirmer que la nouveauté n'est pas une caractéristique de l'invention¹⁰⁰. Troller¹⁰¹ fait notamment valoir que l'introduction de la nouveauté dans la notion d'invention exclurait celle d'invention parallèle : il peut arriver qu'un inventeur répète la création d'un autre, tout en croyant réaliser une nouveauté ; dans un cas pareil, il y a invention, mais non nouveauté.

Contre ce raisonnement, on peut d'abord objecter que, dans son sens courant, l'invention implique la nouveauté¹⁰². D'autre part, c'est parce que le second inventeur croit être le premier qu'il a le sentiment de réaliser une invention ; s'il avait conscience de reproduire un système déjà trouvé, on ne pourrait pas parler d'invention. La notion d'invention implique donc nécessairement l'idée de nouveauté, que celle-ci soit envisagée d'un point de vue subjectif, en fonction des connaissances de l'inventeur, ou d'un point de vue plus objectif, relativement aux connaissances d'une nation ou de l'ensemble de l'humanité. Au reste, Troller lui-même admet que le trait décisif de l'invention réside dans la création¹⁰³ : il est évident que l'on ne peut pas créer ce qui est déjà connu¹⁰⁴.

En parlant d'« invention nouvelle », le législateur tombe-t-il donc dans la tautologie ? La doctrine suisse préfère en général admettre que l'adjectif « nouvelle » renvoie à la notion de nouveauté formelle, à laquelle la loi donne un sens bien précis (art. 7 LBI)¹⁰⁵. La doctrine française est muette sur ce point. Etant donné que la loi française contient une définition de la nouveauté (art. 8 L. 2 janvier 1968 ; art. 31 L. 5 juillet 1844), il est cependant évident que le législateur (art. 6 L. 2 janvier 1968 ; art. 1^{er} et 2 L. 5 juillet 1844) renvoie à cette définition légale.

Outre la nouveauté, la notion d'invention implique celle d'originalité, d'inattendu, de non-évidence, qui est apparentée à la nouveauté ; l'usage veut en effet que l'on réserve le terme « invention » aux nouveautés imprévues, qui révèlent une certaine ingéniosité : l'invention doit être le fruit d'un effort créateur, d'une « activité inventive ». En général, les auteurs et les tribunaux suisses estiment que l'ingéniosité relève de la notion d'invention¹⁰⁶ ; la doctrine et la jurisprudence françaises, moins nettes, la rattachent tantôt à celle d'invention¹⁰⁷, tantôt à celle de nouveauté¹⁰⁸. Les art. 6, 8 et 9 de la loi du 2 janvier 1968 séparent cependant nettement la nouveauté et l'activité inventive. Quoi qu'il en soit, ces deux termes sont très proches l'un de l'autre, puisque l'invention ne va pas sans la nouveauté¹⁰⁹.

¹⁰⁰ Troller, t. I (éd. 1968) p. 163 ; Weidlich/Blum, art. 4 n° 1 p. 95-96 ; Offermann, p. 56 ; Morf, RSPI 1954 p. 39 ; Steffen, p. 14 ; Gass, p. 42 ; ATF 61 II 52 (JT 1935 I 471) ; Steck, p. 7.

¹⁰¹ Troller, *op. loc.*

¹⁰² Offermann, p. 57 ; de Mestral, p. 41-42.

¹⁰³ Troller, t. I (éd. 1968) p. 163.

¹⁰⁴ Blum/Pedrazzini, art. 7 rem. 2 t. I p. 336 ; Dürr, art. 1^{er} p. 5 ; Offermann, p. 1, 43, 137 et 147 ; de Mestral, p. 43-44.

¹⁰⁵ Offermann, p. 57 ; Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 28 t. I p. 139, art. 7 rem. 3 t. I p. 337 ; Steffen, p. 13 ; Dürr, art. 1^{er} p. 5 ; de Mestral, p. 42-44 ; ATF 61 II 52 (JT 1935 I 471).

¹⁰⁶ Steck, p. 28 ; Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 20 t. I p. 118 ; Gass, p. 46 ; Jenny, p. 57 ; Bossart, p. 2 ; Cueni, RSPI 1952 p. 12 ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 180 ; Schenkel, p. 16 ; de Mestral, p. 23-24 ; Nikhbakht-Djordjani, p. 12 ; Offermann, p. 103-104 ; Matter, RDS 1944 p. 17a ; ATF 76 I 38 (JT 1951 I 151).

¹⁰⁷ Roubier, t. II p. 60 et 67.

¹⁰⁸ R. Plaisant, *Mélanges Roubier*, t. II p. 527 ss ; Chavanne, *Rev. trim. dr. com.* 1968 p. 682 ss et arrêts cités.

¹⁰⁹ Cf. Mathély/Plaisant, fasc. III à XXXVIII cotés 5 1969 n° 32 à 48, notamment n° 33 et 47, qui classent la non-évidence de l'invention, c'est-à-dire l'activité inventive, sous la rubrique « nouveauté » ; ATF 85 II 139.

La doctrine et la jurisprudence suisses et allemandes incluent dans la notion d'invention le caractère technique¹¹⁰. Sans doute le terme « invention » est-il appliqué généralement à des nouveautés techniques. Il est cependant constant que le profane se trouve souvent fort surpris d'apprendre que l'invention d'un nouveau jeu, d'un nouveau système de comptabilité ou d'un programme d'ordinateur ne peut pas être brevetée ; pour lui, de tels systèmes constituent presque toujours indubitablement des inventions. Il nous paraît donc que l'invention ne suppose pas nécessairement la technicité.

Le caractère technique ressortit plutôt à l'exigence légale de la possibilité d'exploitation industrielle¹¹¹, ainsi définie par le législateur de 1888¹¹² : « Cette dernière condition se retrouve dans toutes les lois sur les brevets. Elle a pour but de limiter la protection aux inventions qui développent la production économique d'un pays, à l'exclusion des découvertes scientifiques dépourvues d'application pratique, des inventions réalisables seulement dans les laboratoires, des systèmes de comptabilité, des plans de finances, etc. » Or, contrairement à cette définition, le Tribunal fédéral reconnaît à de tels systèmes (comptabilité, finances etc.) un caractère industriel, mais leur refuse la protection légale, parce qu'ils ne relèvent pas de la technique¹¹³ ; cette jurisprudence, quoique généralement approuvée par la doctrine¹¹⁴, nous paraît contestable, puisqu'elle contredit diamétralement la définition de la création industrielle exposée par le législateur lui-même. D'autre part, séparée de la notion de technicité, cette exigence légale se trouve presque complètement vidée de son sens ; elle se réduit à peu près à un rappel historique des origines de la loi¹¹⁵. Aussi estime-t-on parfois qu'il était superflu de la mentionner dans le texte de la loi¹¹⁶. Entre deux interprétations possibles, il convient toutefois de choisir celle qui attribue une signification à tous les termes utilisés par le législateur. Il nous paraît dès lors préférable d'admettre que la loi ne contient en principe aucun terme superflu et que, par conséquent, la notion d'invention ne contient pas nécessairement l'idée d'exploitation industrielle¹¹⁷, ni celle de technicité qui en découle. Telle n'est cependant pas, on l'a vu, l'avis du Tribunal fédéral, ni de la doctrine dominante.

Au contraire, la jurisprudence et la doctrine françaises, qui n'ont d'ailleurs jamais attaché à cette question l'importance qu'on lui donne en Suisse ou en Allemagne, tirent en général la technicité du caractère industriel, et non de la notion même d'invention¹¹⁸.

Les auteurs et les tribunaux suisses et allemands n'ont pas seulement cru discerner dans la notion d'invention l'idée de technicité, mais encore celle de

¹¹⁰ Walleser, p. 21 ; Lindenmaier, p. 48 ; Busse, p. 91 ; Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 6 t. I p. 73 ; Benkard, p. 77 ; Blum, p. 29 ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 165 et 171 ; de Mestral, p. 19-22 ; ATF 76 I 381 (JT 1951 I 151).

¹¹¹ Offermann, p. 58 et 125.

¹¹² Message du CF du 20 janv. 1888, FF 1888 I p. 189.

¹¹³ ATF 72 I 368 (JT 1947 I 246).

¹¹⁴ De Mestral, p. 50 et 133 ; ATF 48 II 294-295 (JT 1922 I 444) ; Blum/Pedrazzini art. 1^{er} rem. 27 t. I p. 137 ; Weidlich/Blum, art. 1^{er} rem. 23 p. 82.

¹¹⁵ Troller, t. I (éd. 1968) p. 238 ; Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 27 t. I p. 137 ; Offermann, p. 124 ; de Mestral, p. 54 ; certains auteurs incluent même le caractère industriel dans la notion d'invention : Matter, RDS 1944 p. 6a ; Steffen, p. 28 ; partiellement : Offermann, p. 58 ; de Mestral, p. 49 et 53 ; Dürr, art. 1^{er} p. 5 et 7 ; Gass, p. 65 ; Blum, p. 33 ; *contra* : Guyer, SJZ 4 p. 293.

¹¹⁶ Troller, t. I (éd. 1968) p. 238 ; Steffen, p. 14 ; Wüst, p. 15 ; Offermann, p. 58 et 125 (selon cet auteur, l'expression « invention utilisable industriellement » est un pléonasme).

¹¹⁷ La question a une certaine importance concernant le pouvoir de contrôle du Bureau fédéral : cf. ATF 72 I 368 (JT 1947 I 24 ss).

¹¹⁸ Casalunga, Traité de la Brevetabilité, n° 193 ; Mathély/Plaisant, fasc. IV coté 5 1958 n° 11 ss ; Pouillet, n° 9 et 13 ; Roubier, t. II p. 85 ss.

progrès technique¹¹⁹. Cette position nous paraît fort discutable : il est constant que de nombreuses inventions n'ont apporté aucun progrès immédiat¹²⁰. La doctrine suisse considère cependant le progrès technique comme l'idée centrale du droit des brevets¹²¹ ; elle se fonde sur le but de la loi, qui est de favoriser ce progrès¹²².

A l'opposé du droit suisse, la doctrine française a toujours refusé de voir dans le progrès technique un élément nécessaire de l'invention, dont l'importance est indifférente à ses yeux¹²³.

Plusieurs traits de l'invention ont en outre été dégagés par les auteurs suisses et allemands (solution d'un problème, caractère de règle, reproductibilité, exécutabilité, utilité)¹²⁴. Ces critères de l'invention s'interpénètrent cependant avec ceux déjà cités¹²⁵.

Les définitions de l'invention proposées en Suisse et en Allemagne sont fort nombreuses et contiennent des critères semblables¹²⁶. Elles décrivent l'invention brevetable et non l'invention au sens large. La définition récemment adoptée par le Tribunal fédéral, analogue à celles de la doctrine, est la suivante (traduction) : « D'après la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, le propre de l'invention, c'est d'être une « création » particulière de l'esprit humain (« eine eigenartige « schöpferische » Idee ») reposant sur une combinaison nouvelle et originale des forces de la nature (« eine neue originelle Kombination von Naturkräften ») et constituant un effet technique utile (« ein technischer Nutzeffekt ») et par là un progrès technique (« und damit ein technischer Fortschritt »). »¹²⁷ Le Tribunal fédéral avait donné une définition plus concise en 1905¹²⁸ : « L'invention peut se définir d'une manière générale, comme une création de l'esprit humain, se produisant dans le domaine de l'industrie et se manifestant par l'obtention d'un résultat industriel. » Le Tribunal fédéral souligne toujours l'aspect technique et pratique que doit présenter l'invention¹²⁹.

Les définitions de l'invention proprement dite sont rares en France. On a vu¹³⁰ que, suivant Renouard¹³¹, la doctrine française assimile l'invention à la nouveauté. Sous le régime de la loi du 5 juillet 1844, les auteurs et les tribunaux français, considérant que les catégories de l'art. 2 (produit nouveau, moyen nouveau, application nouvelle) embrassaient toutes les formes sous lesquelles l'invention pouvait se manifester¹³², se sont avant tout attachés à la description de chacune de

¹¹⁹ Cf. notamment : Offermann, p. 12 ss ; Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} *passim* ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 176 ; de Mestral, p. 22 et 135 ss.

¹²⁰ Cf. notamment : Offermann, p. 155 ss ; Roubier, t. II p. 65.

¹²¹ Cf. notamment : Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} t. I *passim* ; Offermann, p. 12 ss ; de Mestral, p. 95 ss.

¹²² Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 5 t. I p. 73 ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 176.

¹²³ Mathély/Plaisant, fasc. IV coté 5 1958 n° 34 ss, notamment n° 39 ; Pouillet, n° 15 ; Roubier, t. I p. 65 ; Casalonga, Traité de la Brevetabilité, n° 293.

¹²⁴ Cf. Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 7 t. I p. 75 ; de Mestral, p. 21 ; Gass, p. 42.

¹²⁵ Cf. Offermann, p. 47-48 ; Bircher, p. 98.

¹²⁶ Cf. Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 6 t. I p. 73 ss ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 159 ss ; Lindenmaier, p. 48 ; Walleser, p. 21 ; Busse, p. 91 ; Benkard, § 1 n° 1 p. 77 ; Gass, p. 45 ; Pointet, p. 17 ; Steck, p. 8 ; de Mestral, p. 19 ss.

¹²⁷ ATF 76 II 381 (JT 1951 I 151).

¹²⁸ ATF 29 II 173 (JT 1905 I 80).

¹²⁹ Cf. arrêts cités ci-dessus (n. 127 et 128) et : ATF 35 II 448 (Ann. jur. XVII 1909 n° 60 p. 26), 36 II 266 (Ann. jur. XVIII 1910 n° 71 p. 32), 37 II 393, 43 II 523, 48 II 293 (JT 1922 I 444), 49 II 145 (JT 1923 I 386), 58 II 78 (JT 1933 I 371), 63 II 271 (JT 1938 I 40), 69 II 200 (JT 1943 I 549).

¹³⁰ N. 99.

¹³¹ Renouard, n° 35 p. 237.

¹³² Concernant la discussion de cet article, cf. Couhin, t. I p. 272 ss ; Mathély/Plaisant, fasc. IV coté 5 1958 n° 8b ; Blanc, p. 432 : « Cette nomenclature, puisée dans les enseignements de la pratique, comprend, dans sa généralité, toutes les combinaisons possibles. L'invention ne peut guère exister en dehors des formules ci-dessus. »

ces catégories, sans se préoccuper de définir l'invention elle-même ¹³³. On trouve cependant chez Roubier une description de l'activité inventive : « L'activité inventive est celle qui, alors que la technique du métier n'aurait apporté que des progrès insensibles et lents, apporte un avantage inattendu, qui constitue un bien nouveau pour l'industrie. » ¹³⁴ « L'invention suppose un certain contenu spirituel qui ne soit pas immédiatement à la portée de tout homme de métier. » ¹³⁵ L'invention présente toujours un caractère inattendu ¹³⁶. Rejetée sous le régime de la loi du 5 juillet 1844 ¹³⁷, cette conception a été reprise par l'art. 9 de la loi du 2 janvier 1968, aux termes duquel « une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si elle ne découle pas de manière évidente de l'état de la technique ». L'expression « activité inventive » est d'ailleurs peu heureuse : il semble contradictoire qu'une invention puisse ne pas résulter d'une activité inventive ¹³⁸. Les apparents pléonasmes qu'on trouve aussi bien en droit suisse qu'en droit français (invention nouvelle impliquant une activité inventive) ne sont cependant pas gratuits, mais reflètent le souci de parvenir à une définition aussi objective que possible de l'invention et de la nouveauté ; les adjectifs « nouvelle » et « inventive » ne font que renvoyer à des concepts juridiques destinés à préciser la notion relative d'invention, ou de nouveauté, qui peut varier selon les individus et les lieux ¹³⁹.

b) *L'invention et la découverte* : La loi française de 1844 déclare brevetable (art. 1^{er}) « toute nouvelle découverte ou invention dans tous genres d'industrie » ; elle place donc apparemment sur le même pied l'invention et la découverte. Dupin parlait même de « découverte, invention ou exploration » ¹⁴⁰. Dans la loi actuelle et dans la loi suisse, au contraire, ce terme de « découverte » est absent. Est-ce à dire que l'ancienne loi française était plus large que la loi du 2 janvier 1968 et la loi suisse, et permettait de breveter des principes ou des lois scientifiques ? Il n'en est rien : la doctrine et la jurisprudence déclarent unanimement que la protection légale est réservée à l'invention, et non à la découverte ¹⁴¹. La distinction est aussi nettement établie en droit suisse : « De l'invention, il y a lieu de distinguer la découverte, laquelle se fait de ce qui existe déjà. » ¹⁴² En effet, l'invention est la création d'un système nouveau ; la découverte est la connaissance nouvelle de ce qui existait déjà : on a inventé la machine à vapeur, assemblage inédit de bielles, pistons et cylindres, utilisant la force de la vapeur ; en revanche, on a découvert la force de la vapeur ¹⁴³. « Otto de Gerike et Sanctorius ont inventé, l'un la pompe pneumatique, l'autre le thermomètre ; Newton et Gregory ont inventé le télescope

¹³³ Roubier, t. II p. 57.

¹³⁴ Roubier, t. II p. 67.

¹³⁵ Roubier, t. II p. 61.

¹³⁶ Roubier, t. II p. 67.

¹³⁷ Mathély/Lavoix, Ann. 1957 p. 380 ; Casalonga, Pl 1944 p. 64 et Traité de la Brevetabilité n° 193 ; Mathély/Plaisant, fasc. IV coté 5 1958 n° 41-43 ; Paris, 31 mai 1957, Ann. 1957 p. 379 ; Paris 18 nov. 1957, Ann. 1957 p. 381.

¹³⁸ La remarque faite à l'Assemblée Nationale par Jean Foyer au sujet de l'art. 9 nous paraît pleinement justifiée : « Une telle définition me paraît relever de la lapalissade. Comment une véritable invention pourrait-elle ne pas impliquer une activité inventive ? » (JO Débats Ass. Nat. 1967-68 p. 5869).

¹³⁹ Cf. Offermann, p. 37 ; de Mestral, p. 15-16 ; Schenkel, p. 6 et références.

¹⁴⁰ Couhin, t. I p. 273.

¹⁴¹ Cf. notamment : Casalonga, Traité de la Brevetabilité, n° 203 et 206 ; Renouard, n° 34 p. 237 ; Moureaux/Weismann, p. 17 ; Pouillet, n° 58 ; Roubier, t. II p. 91 ; Valancogne, n° 314, 329-332, 341 et 342 t. I p. 156, 162 et 166.

¹⁴² ATF 76 II 381 (JT 1951 I p. 151) ; cf. également : ATF 26 II 233 (JT 1901 I 28), 43 II 523 ; BIZR 1939 n° 138 p. 341 cons. 8.

¹⁴³ Même exemple : de Mestral, p. 124.

à réflexion; Galilée a découvert les taches du soleil; Harvey a découvert la circulation du sang.»¹⁴⁴ Cette distinction, acceptée par la plupart des auteurs¹⁴⁵, permet de conclure qu'il y a une différence de nature entre la découverte et l'invention, seule brevetable. Cependant, la doctrine attribue le plus souvent l'impossibilité de protéger la découverte au défaut de caractère industriel ou technique, et non à l'absence de la qualité d'invention¹⁴⁶.

La distinction entre la découverte et l'invention présente donc une certaine importance. La frontière n'est cependant pas toujours nette : il peut arriver que la simple constatation d'un fait éveille immédiatement l'idée d'une utilisation industrielle, que celle-ci découle évidemment de la découverte¹⁴⁷. C'est souvent le cas en particulier de la découverte d'une propriété nouvelle d'un produit ou d'un procédé connu. La constatation que telle substance a une vertu curative est une découverte ; mais l'idée d'utiliser cette substance comme remède constitue une invention¹⁴⁸. La qualité d'invention peut donc dépendre, apparemment, d'une simple question d'expression¹⁴⁹. En fait, la différence existe bel et bien : il n'y a aucune création dans la mise en lumière d'une qualité existante ; seule l'idée d'utiliser cette qualité crée une nouveauté, et peut être brevetée en tant qu'invention¹⁵⁰. Néanmoins, découverte et invention sont souvent étroitement entremêlées et indispensables l'une à l'autre¹⁵¹ : « Zum Entdecken gehört Glück, zum Erfinden Geist, und beide können beides nicht entbehren. »¹⁵²

c) *L'invention, notion subjective et relative*: L'invention est une notion subjective. En effet, l'intelligence et l'imagination, d'une part, et la science d'autre part, varient selon les individus. A science égale, un esprit créateur considère souvent comme allant de soi des inventions qui paraissent inattendues à des individus moins doués. Inversement, à intelligence et à imagination égales, le plus instruit est le moins enclin à s'étonner et à admettre la présence d'une invention¹⁵³.

Ainsi, un Papou qui construirait une machine à vapeur ferait indéniablement une invention par rapport aux autres membres de sa tribu, mais cette œuvre ne

¹⁴⁴ Dugald-Stewart, cité par Renouard, n° 34 p. 237.

¹⁴⁵ En France : cf. n. 141 (voir cependant : Valancogne, n°s 331-332 t. I p. 162 et arrêt cité — Trib. civ. Seine 9 mai 1957, Ann. 1963 p. 329 — ainsi que Allart, n° 15, Renouard, n° 62, Nouguier, n° 391, qui soulignent que la loi ne distingue pas entre invention et découverte, et ne refusent la protection qu'aux découvertes non industrielles, mais arrivent en pratique aux mêmes résultats que la doctrine dominante). En Suisse : Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 8^e t. I p. 80 ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 174 ; Dürr, art. 1^{er} p. 10 ; Weidlich/Blum, art. 1^{er} rem. 6 p. 63 ; Blum, p. 30 ; Jenny, p. 48 ; Schenkel, p. 16 ; Ronga, RSPI 1968 p. 33 ; Tetzner, § 1 n° 22 p. 55 ; Lindenmaier, § 1 n° 4 p. 39 ; Busse, § 1 n° 3 p. 74 ; Benkard, § 1 n° 1^c p. 77 ; Kohler, Handbuch, p. 89 ss ; Bossart, p. 5 ; Geigel, p. 17 ; Trüb, RSPI 1956 p. 169 ; Kampli/Mannhart, RSPI 1957 p. 62 ; Walleser, p. 21 et 131 ; de Mestral, p. 122 ss.

¹⁴⁶ Cf. auteurs cités n. 145.

¹⁴⁷ Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} n° 8 t. I p. 81 ; TF 30 juin 1937, Svibeisa AG... c. Schinken AG..., JT 1938 I 71 ; Kampli/Mannhart, RSPI 1957 p. 69 ; Walleser, p. 131 ; Trüb, RSPI 1956 p. 169 ; de Mestral, p. 126 ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 215 ; Valancogne, t. I n° 331 p. 162.

¹⁴⁸ On peut également citer comme exemple l'utilisation du DDT comme insecticide : Trib. civ. Seine 28 avr. 1949, Ann. 1951 p. 143 ; Valancogne, t. I n° 353 p. 172 ; Walleser, p. 132. La brevetabilité de l'utilisation comme remède d'une substance connue est expressément prévue par la loi française du 2 janv. 1968 (art. 10).

¹⁴⁹ Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 8 t. I p. 81 ; Walleser, p. 131 ; Troller t. I (éd. 1968) p. 175 ; Trüb, RSPI 1956 p. 170 ; de Mestral, p. 128.

¹⁵⁰ Valancogne, t. I n° 354 p. 172-173 ; Couhin, t. II p. 75 ; Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 8 t. I p. 81 ; Roubier, t. II n° 145 ; Casalonga, Traité de la Brevetabilité, n° 117 ; Mathély/Plaisant, fasc. IV coté 5 1958 n° 11 ss ; Pouillet, n°s 9 et 13 ; de Mestral, p. 127 ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 174.

¹⁵¹ Kampli/Mannhart, RSPI 1957 p. 67 ; Trüb, RSPI 1956 p. 172 ; TF 30 juin 1937, Svibeisa AG... c. Schinken AG..., JT 1938 I 71 ; de Mestral, p. 130-132 ; Walleser p. 131 ; Valancogne, t. I n°s 331-332 p. 162.

¹⁵² Goethe.

¹⁵³ Weinstein, p. 22.

constituerait pas une création par rapport au reste du monde, qui est instruit depuis fort longtemps de la possibilité d'utiliser la force de la vapeur. De même, il arrive souvent que le créateur d'une nouveauté se croie fort ingénieux, alors que son « invention » est évidente pour les gens de la branche ou même existe déjà. Dans sa sphère, l'« inventeur » a bel et bien inventé ¹⁵⁴.

d) *L'invention, notion objective*: Malheureusement, la loi ne peut pas tenir compte de tant de différences personnelles : elle ne saurait évidemment protéger une invention uniquement contre ceux qui la considèrent comme inattendue, et la laisser sans protection vis-à-vis des autres ¹⁵⁵. Il s'agit donc de poser des critères objectifs, propres à déterminer si telle création est ou non digne de protection, non par rapport à chacun pris isolément, mais relativement à l'ensemble de la population régie par la loi.

2. Les conditions de la brevetabilité

a) *Généralités*: On a coutume de désigner par les termes « conditions de la brevetabilité » les diverses qualités que doit présenter l'invention pour donner droit à l'octroi d'un brevet valide. Cette expression est sans doute mal choisie : en effet, dans le système de l'enregistrement (avec avis préalable) en vigueur dans la loi suisse de 1954 pour la plupart des inventions, l'absence des critères en question ne fait pas obstacle à l'octroi du brevet par l'administration (à l'exception du défaut de caractère industriel), mais permet seulement d'en faire prononcer la nullité par les tribunaux ¹⁵⁶. Il est donc inexact de parler de conditions de la « brevetabilité » ; il s'agit en fait des conditions de la validité d'un brevet. L'usage a toutefois consacré ce terme ambigu.

La nouveauté est le trait essentiel de l'invention. On considère comme nouveau ce qui n'est pas connu (et non ce qui n'existe pas ¹⁵⁷) au moment du dépôt de la demande, c'est-à-dire ce qui n'appartient pas à l'état de la technique dans le domaine de l'invention.

L'invention doit en outre présenter une certaine originalité : il ne faut pas qu'elle soit évidente pour n'importe quel technicien. On exigera donc que l'invention atteigne un certain « niveau inventif », un certain degré d'originalité. Cette exigence est la plus discutée, en raison de l'élément subjectif que contient l'appréciation de l'originalité ¹⁵⁸.

Enfin, la loi ne protège que les inventions appartenant au domaine de l'industrie. L'invention doit donc être un système technique, une combinaison de forces aux effets certains.

Ces trois exigences de la nouveauté, de l'originalité et du caractère industriel de l'invention se retrouvent partout, quoique sous des formes et à des degrés divers.

b) *Droit suisse*: Les quatre conditions de la brevetabilité généralement posées en Suisse sont : la nouveauté, une idée créatrice d'un certain niveau (*Erfindungshöhe*), la possibilité d'utilisation industrielle, et le progrès technique ¹⁵⁹. Cette dernière

¹⁵⁴ Cf. Offermann, p. 37.

¹⁵⁵ Cf. Tell Perrin, rapporteur au Conseil national, qui disait le 26 mars 1952 (Bull. stén. CN 1952 p. 247) : « L'invention ne doit pas être nouvelle aux yeux de celui qui se croit inventeur seulement, elle doit l'être absolument, autrement il n'y a pas création, c'est-à-dire mise au monde d'une chose qui n'existait pas jusqu'alors. » Voir également Matter, RDS 1944 p. 174 ss.

¹⁵⁶ Cf. *supra*, p. 20.

¹⁵⁷ Par exemple, une réaction chimique inconnue sur terre, qui se produirait sur une étoile, pourrait être brevetée.

¹⁵⁸ Cf. *infra*, V Le niveau inventif.

¹⁵⁹ Cf. *infra*, VI Le progrès technique.

exigence, destinée à limiter la protection du brevet aux inventions qui enrichissent le fonds commun de la technique, est contestable, mais n'est guère discutée par la doctrine et la jurisprudence suisses.

c) *Droit français*

aa) *Loi du 5 juillet 1844*: Les inventions brevetées sous le régime de la loi de 1844 doivent être nouvelles et présenter un caractère industriel. Il faut de plus que l'invention puisse être rangée dans l'une ou l'autre des catégories établies par l'art. 2 de la loi : produit nouveau, moyen nouveau, ou application nouvelle de moyens connus. La doctrine et la jurisprudence françaises attribuent une grande importance à la définition de ces catégories ¹⁶⁰.

La jurisprudence, appuyée par une partie de la doctrine, prétend ignorer l'exigence d'un certain niveau inventif ¹⁶¹. En fait, elle utilise implicitement ce critère ¹⁶² en opposant à l'invention brevetable les notions de simple emploi nouveau ou de pure juxtaposition de moyens connus, qui ne sont pas dignes d'être protégés.

bb) *Loi du 2 janvier 1968*: Aux trois catégories de l'ancienne loi, l'art. 6 al. 1 de la loi nouvelle ajoute celle de la combinaison de moyens, déjà utilisée par les tribunaux ¹⁶³ ; en outre, la notion de procédé remplace celle, apparemment plus générale, de moyen. La liste n'est pas exhaustive ¹⁶⁴.

La grande innovation de la loi de 1968 en matière de brevetabilité réside cependant dans le critère de l'activité inventive posée par l'art. 6 al. 2 en plus de la nouveauté et du caractère industriel. Le texte légal met ainsi un terme aux controverses concernant cette condition ¹⁶⁵, du moins en tant qu'elle concerne l'originalité de l'invention : reste à savoir si ce nouveau critère entraîne également celui du progrès technique ¹⁶⁶.

Le législateur a pris soin de définir les trois conditions de la brevetabilité (art. 7, 8 et 9 L. 2 janvier 1968).

3. *Dispositions légales concernant les conditions de la brevetabilité*

a) *Conventions internationales*: Les dispositions concernant directement les conditions de la brevetabilité, et notamment celles des conventions internationales en vigueur, sont peu nombreuses.

La France et la Suisse ont signé la Convention de Paris du 20 mars 1883 instituant une union internationale pour la protection de la propriété industrielle. Les deux pays ont ratifié le texte de Lisbonne, qui date de 1958 et la Suisse est liée depuis les 26 avril et 19 mai 1970 par l'Acte de Stockholm ¹⁶⁷. La Convention d'Union n'a guère d'influence sur les conditions de la brevetabilité, sauf sur celle de la nouveauté : elle instaure en effet le droit de priorité unioniste, délai d'une

¹⁶⁰ Cf. Roubier, t. II p. 57.

¹⁶¹ Paris, 31 mai 1957, Ann. 1957 p. 379, et n. de J. Lavoix ; Paris 18 nov. 1957, Ann. 1957 p. 381 ; P. Mathély/J. Lavoix Ann. 1956 p. 277 ; Casalunga, PI 1958 p. 47 ss.

¹⁶² Cf. notamment : Perot-Morel, JCP n° 16, 29 avr. 1965, Doctrine 1905 ; Roubier, t. II p. 59-60 ; R. Plaisant, Critères objectifs et subjectifs en matière de brevetabilité, in Mélanges Roubier, t. I p. 527 ss ; Chavanne, préface à l'ouvrage de Valancogne, t. I ; *contra* : Weinstein, p. 16-17.

¹⁶³ Cf. Pouillet, n° 46 ; Roubier, t. II p. 77 ; Casalunga, t. I p. 116 et Traité de la Brevetabilité, p. 226 ; Mathély, Ann. 1957 p. 15 ; Mathély/Plaisant, fasc. VII coté 5 1958, et arrêts cités.

¹⁶⁴ Weinstein, p. 9-10.

¹⁶⁵ Uniquement pour les demandes de brevets déposées depuis l'entrée en vigueur de la loi nouvelle : art. 71 L. 2 janv. 1968.

¹⁶⁶ Pour l'application de ce critère : Mathély/Plaisant, fasc. III à XXXVIII cotés 5 1969 n° 47.

¹⁶⁷ PI 1971 p. 13-15 ; ROLF 1963 p. 119 et 138 ss ; Message du CF du 5 juin 1961, FF 1961 I p. 1280 ; JO 19 janv. 1962.

année accordé au déposant pour faire breveter son invention dans tous les pays membres sans risquer de la voir tomber dans le domaine public pour défaut de nouveauté, en raison du premier dépôt ou d'autres faits propres à la divulguer accomplis dans l'intervalle¹⁶⁸. La Convention de Paris traite de plus certains points de procédure quant à la revendication de cette priorité¹⁶⁹. Elle prévoit également la possibilité d'une protection aux expositions¹⁷⁰. En outre, elle interdit aux pays signataires de refuser la protection à une nouveauté pour le seul motif que la vente de l'objet résultant de l'invention contrevient à la législation nationale¹⁷¹. La Convention ne définissant pas l'invention¹⁷², le caractère industriel, ni la nouveauté, la liberté des Etats contractants demeure très large.

Quant à la Convention Européenne de Strasbourg du 27 novembre 1963 sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention, elle n'est pas encore entrée en vigueur¹⁷³. Son influence sur la nouvelle loi française a cependant été profonde¹⁷⁴. Ses dispositions relatives à la brevetabilité (art. 1^{er} à 5) ont en outre été reprises dans le projet de convention instituant un système européen de délivrance de brevets (art. 9 à 14 de l'avant-projet de la conférence intergouvernementale de Bruxelles du 15 février 1971). Comme le brevet français, le brevet européen sera réservé aux « inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptible d'application industrielle ». Les notions d'activité inventive, de nouveauté et d'application industrielle sont définies dans des termes analogues à ceux de la Convention de Strasbourg et de la nouvelle loi française. Les méthodes de traitement du corps humain et les inventions végétales ou animales seront exclues de la protection. La divulgation de l'invention dans les six mois précédant le dépôt de la demande ne détruira pas sa nouveauté si cette divulgation résulte d'un abus évident ou de la présentation à une exposition officiellement reconnue. Le déposant jouira du délai de priorité de douze mois fixé par la Convention de Paris pour demander un brevet européen.

b) *Droit suisse*: La loi du 25 juin 1954 contient les seuls textes relatifs aux conditions de la brevetabilité. Ce sont :

— l'art. 1^{er} al. 1 :

1 Les brevets d'invention sont délivrés pour les inventions nouvelles utilisables industriellement.

— l'art. 2 :

Ne peuvent être brevetées :

1° Les inventions dont l'exploitation serait contraire aux lois ou aux bonnes mœurs.

2° Les inventions de remèdes et les inventions de procédés non chimiques pour la fabrication de remèdes.

3° Les inventions d'aliments, de denrées fourragères et de boissons.

4° Les inventions de substances chimiques, en tant qu'elles ne sont pas déjà exclues de la protection par les chiffres 2 et 3 ; cette disposition ne s'étend pas aux alliages.

¹⁶⁸ Art. 4 A, B et C ; concernant l'application de la Convention d'Union, cf. notamment : Bodenhausen, Guide d'application de la Convention de Paris... ; M. Plaisant, Traité de droit conventionnel international concernant la Propriété industrielle ; P. Montheilet, Des Brevets d'invention en Droit conventionnel international et en Droit interne.

¹⁶⁹ Art. 4 C à H.

¹⁷⁰ Art. 11 ; cf. M. Plaisant, *op. cit.*, p. 177 ; Pointet, p. 27.

¹⁷¹ Art. 4quater.

¹⁷² Cf. notamment : M. Plaisant, *op. cit.*, p. 81 ; Wirth, PI 1929 p. 189.

¹⁷³ PI 1971 p. 25.

¹⁷⁴ Cf. *supra* n. 91.

— l'art. 7 :

¹ Sera réputée nouvelle l'invention qui, avant le dépôt de la demande de brevet,

a) N'aura pas été divulguée en Suisse de manière à pouvoir être exécutée par l'homme du métier, ou

b) N'aura pas été exposée dans des publications, par l'écrit ou par l'image, de manière à pouvoir être exécutée par l'homme du métier.

² Sont réservées les dispositions relatives à la priorité dérivée d'un dépôt antérieur et à la priorité dérivée de l'exposition de l'invention.

— les art. 17 à 23 règlent le droit de priorité dérivé soit d'un dépôt antérieur, soit d'une exposition.

— l'art. 26 al. 1 ch. 1 à 5 :

¹ Sur demande, le juge prononcera la nullité du brevet :

1^o Lorsque les conditions fixées à l'article 1^{er} al. 1 ne sont pas remplies.

2^o Lorsque l'invention n'est pas brevetable selon l'art. 2.

3^o Lorsque l'invention n'est pas exposée, dans l'exposé d'invention, de manière à pouvoir être exécutée par l'homme du métier.

4^o Lorsque la revendication, même à la lumière de la description, ne donne pas une définition claire de l'invention.

5^o Lorsqu'un brevet valable a été délivré pour la même invention, par suite d'un dépôt antérieur ou d'un dépôt jouissant d'une priorité antérieure.

On voit que seule la condition de nouveauté fait l'objet d'une définition : n'est pas nouveau ce qui a été divulgué en Suisse ou publié ; restent à éclaircir les notions de divulgation et de publication. Le caractère industriel est seulement mentionné dans l'art. 1^{er}. Quant au niveau inventif et au progrès technique, la loi est muette ; la jurisprudence a tiré ces critères du terme « invention » utilisé à l'art. 1^{er} ¹⁷⁵. Dans une mesure assez large, les conditions de la brevetabilité sont une création jurisprudentielle ¹⁷⁶.

c) Droit français

aa) *Loi du 5 juillet 1844* : Les articles suivants concernent les conditions de la brevetabilité :

— l'art. 1^{er} al. 1 :

Toute nouvelle découverte ou invention dans tous genres d'industrie confère à son auteur, sous les conditions et pour le temps ci-après déterminés, le droit exclusif d'exploiter à son profit ladite découverte ou invention.

¹⁷⁵ ATF 16 592 (JT 1890 I 529), 20 677 (JT 1894 I 672), 21 293, 23 I 322, 25 II 991 (JT 1900 I 568), 26 II 229 (JT 1901 I 25), 27 II 243 (Ann. jur. IX 1901 n° 61 p. 21) ; TF 24 mai 1901, Philippe et Roussel c. Goerz, JT 1902 I 391 ; ATF 29 II 169 ; TF 18 déc. 1903, Kugler et consorts Bacher c. Rasario et Viollet, JT 1904 I 245 ; ATF 29 II 345, 29 II 564, 29 II 722 (JT 1905 I 76), 30 II 103 (Ann. jur. XII 1904 n° 60 p. 23) ; TF 13 mars 1904 (Ann. jur. XII 1904 n° 61 p. 24 ; BIZR 1904 p. 114) ; ATF 30 II 333 (Ann. jur. XII 1904 n° 63 p. 24), 33 II 628 ; TF 25 sept. 1908, Dame Steiner c. Seiler fils, JT 1909 I 186 ; ATF 34 II 50, 35 II 443 (Ann. jur. XVII 1909 n° 60 p. 25), 35 II 631, 35 II 643, 36 II 262 (Ann. jur. XVIII 1910 n° 71 p. 32), 37 II 262 (JT 1912 I 528), 38 II 279, 38 II 672, 39 II 335, 39 II 340, 41 II 274 (JT 1916 I 130), 43 II 105, 43 II 519, 44 II 196, 48 II 291 (JT 1922 I 444), 49 II 136 (JT 1923 I 386), 56 II 141 (JT 1930 I 422), 57 II 222 (JT 1931 I 424), 57 II 613 (JT 1932 I 580), 58 II 57 (JT 1933 I 371), 58 II 266 (JT 1933 I 536), 59 II 325 (JT 1934 I 524), 61 II 44 (JT 1935 I 466), 63 II 271 (JT 1938 I 40), 63 II 277, 69 II 180 (JT 1943 I 516), 69 II 188 (JT 1943 I 549), 69 II 421 (JT 1944 I 322), 71 II 296 (JT 1946 I 305), 74 II 127, 81 II 292 (JT 1956 I 341), 82 II 248, 85 II 131, 85 II 512, 89 II 108 (JT 1963 I 611), 89 II 156 (JT 1963 I 612), 92 II 280, 92 II 48 (JT 1966 I 613), 93 II 504, 94 II 319.

¹⁷⁶ Il s'agit cependant uniquement d'interprétation et non de combler une lacune : cf. *supra*, n. 95.

— l'art. 2 :

Seront considérées comme inventions ou découvertes nouvelles :
l'invention de nouveaux produits industriels ;
l'invention de nouveaux moyens ou l'application nouvelle de moyens connus, pour l'obtention d'un résultat ou d'un produit industriel.

— l'art. 3 :

Ne sont pas susceptibles d'être brevetés :

- 1^o Les compositions pharmaceutiques ou remèdes de toute espèce, sous réserve des dispositions relatives aux brevets spéciaux de médicaments et à l'exclusion des procédés, dispositifs et autres moyens servant à leur obtention.
- 2^o Les plans et combinaisons de crédit ou de finances.

— l'art. 30 :

Seront nuls et de nul effet les brevets délivrés dans les cas suivants, savoir :

- 1^o Si la découverte, invention ou application n'est pas nouvelle.
- 2^o Si la découverte, invention ou application n'est pas, aux termes de l'art. 3, susceptible d'être brevetée.
- 3^o Si les brevets portent sur des principes, méthodes, systèmes, découvertes et conceptions théoriques ou purement scientifiques, dont on n'a pas indiqué les applications industrielles.
- 4^o Si la découverte, invention ou application est reconnue contraire à l'ordre ou à la sûreté publique, aux bonnes mœurs ou aux lois du royaume, sans préjudice, dans ce cas, et dans celui du paragraphe précédent, des peines qui pourraient être encourues pour la fabrication ou le débit d'objets prohibés.
- 5^o Si le titre sous lequel le brevet a été demandé indique frauduleusement un objet autre que le véritable objet de l'invention.
- 6^o Si la description jointe au brevet n'est pas suffisante pour l'exécution de l'invention, ou si elle n'indique pas, d'une manière complète et loyale, les véritables moyens de l'inventeur.

— l'art. 31 :

Ne sera pas réputée nouvelle toute découverte, invention ou application qui, en France ou à l'étranger, et antérieurement à la date du dépôt de la demande, aura reçu une publicité suffisante pour pouvoir être exécutée ou qui se trouvera décrite dans un brevet français, même non publié, mais bénéficiant d'une date antérieure.

— l'art. 6bis règle la revendication du droit de priorité unioniste.

Les dispositions relatives aux brevets spéciaux de médicaments, auxquelles renvoie l'art. 3, 1^o de la loi du 5 juillet 1844, sont :

- l'art. L. 603 du Code de la Santé publique ¹⁷⁷, qui prévoit l'institution d'un brevet spécial de médicaments ;
- l'art. L. 511 du même code, qui définit les produits thérapeutiques susceptibles d'être protégés par un brevet spécial de médicaments ¹⁷⁸ ;
- le décret du 30 mai 1960 portant application de l'art. L. 603 du Code de la Santé publique ¹⁷⁹, dont les art. 3, 5, 6 et 8 définissent les conditions de validité du brevet spécial de médicaments (semblables à celles du régime normal).

¹⁷⁷ JO 8 fév. 1959.

¹⁷⁸ JO 28 sept. 1967.

¹⁷⁹ JO 31 mai 1960.

Comme en droit suisse, seule la condition de nouveauté est définie dans la loi française du 5 juillet 1844. La notion d'activité inventive, parfois utilisée par les tribunaux ¹⁸⁰, et celles d'emploi nouveau, de juxtaposition et de tour de main non brevetables ¹⁸¹ ont été tirées des idées d'invention, de nouveauté et des catégories des art. 1 et 2, *a contrario*. La part de la jurisprudence est donc également fort large dans la détermination des critères de la brevetabilité.

bb) *Loi du 2 janvier 1968*: La loi nouvelle contient une définition de l'invention brevetable dans les dispositions suivantes :

— l'art. 6 :

Peut être brevetée, toute invention portant notamment sur un produit, un procédé, une application ou une combinaison de moyens.

L'invention doit avoir un caractère industriel, être nouvelle et impliquer une activité inventive.

— l'art. 7 :

Est considérée comme industrielle toute invention concourant dans son objet, son application et son résultat, tant par la main de l'homme que par la machine, à la production de biens ou de résultats techniques.

Ne constituent pas, en particulier, des inventions industrielles :

1^o Les principes, découvertes et conceptions théoriques ou purement scientifiques.

2^o Les créations de caractère exclusivement ornemental.

3^o Les méthodes financières ou comptables, les règles de jeu et tous autres systèmes de caractère abstrait, et notamment les programmes ou séries d'instructions pour le déroulement des opérations d'une machine calculatrice.

4^o Les obtentions végétales d'un genre ou d'une espèce bénéficiant du régime de protection institué par la loi n^o 70-489 du 11 juin 1970 relative à la protection des obtentions végétales.

— l'art. 8 :

Une invention est considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique.

L'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen, avant le jour du dépôt de la demande de brevet ou d'une demande déposée à l'étranger et dont la priorité est valablement revendiquée. Par dérogation aux dispositions du présent article, ne fait pas échec à la nouveauté d'une invention la divulgation dont cette invention a fait l'objet dans les six mois précédant le dépôt de la demande de brevet, si cette divulgation résulte directement ou indirectement :

1^o D'un abus caractérisé à l'égard du demandeur ou de son prédécesseur en droit.

2^o Du fait que le demandeur ou son prédécesseur en droit a exposé l'invention dans des expositions officielles ou officiellement reconnues au sens de la convention concernant les expositions internationales signée à Paris le 22 novembre 1928 et modifiée le 10 mai 1948.

— l'art. 9 :

Une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si elle ne découle pas de manière évidente de l'état de la technique.

¹⁸⁰ Cf. Valancogne, t. I n^{os} 556 ss p. 262 ss et arrêts cités.

¹⁸¹ Cf. Mathély/Plaisant, fasc. VI coté 5 1958 n^{os} 19 ss, et arrêts cités, et fasc. VII coté 5 1958 n^{os} 13 ss ; Pouillet, n^{os} 37 ss.

— l'art. 10 :

Une invention portant sur un médicament ne peut être valablement brevetée que si elle a pour objet un produit, une substance ou une composition présentée pour la première fois comme constituant un médicament au sens de l'art. L. 511 du Code de la Santé publique.

— l'art. 11 :

Ne sont pas susceptibles d'être brevetées les inventions dont la publication ou la mise en œuvre serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, la mise en œuvre d'une invention ne pouvant être considérée comme telle du seul fait qu'elle est interdite par une disposition législative ou réglementaire¹⁸².

— l'art. 12 :

Ne peut être valablement revendiquée dans une demande de brevet toute invention contenue dans les revendications d'un brevet français qui n'était pas encore publié à la date du dépôt de la demande considérée, mais qui bénéficie d'une date antérieure. Si les demandes ont la même date de dépôt ou de priorité, l'ordre chronologique des dépôts est déterminant pour l'application du présent article.

— l'art. 15 règle la revendication du droit de priorité unioniste.

— l'art. 49 al. 1 :

La nullité du brevet est prononcée si l'invention n'est pas brevetable aux termes des art. 6 à 12 ou si la description n'expose pas l'invention d'une façon suffisante pour qu'un homme du métier puisse l'exécuter.

— l'art. 71 al. 2 :

Les brevets demandés avant le jour de l'entrée en vigueur de la présente loi resteront soumis aux règles applicables à la date de leur demande.

La définition de l'invention brevetable, plus précise que celle de l'ancienne loi, particulièrement en ce qui concerne le critère de l'activité inventive, ne supprime cependant pas toute ambiguïté concernant le contenu de cette condition¹⁸³.

¹⁸² Cette réserve correspond à l'exigence de l'art. 4 *quater* de la Convention d'Union introduit à Lisbonne en 1958 : cf. Weinstein, p. 11.

¹⁸³ En particulier : l'art. 9 introduit-il l'exigence d'un certain niveau inventif ou celle d'un progrès technique ? Cf. Weinstein, p. 18 ss ; Mouzon, Gaz. Pal. 1968, 1, Doctrine 45 ; Chavanne, JCP 1968 I 2186 n° 10 et Rev. trim. dr. com. 1968 p. 677 ss ; Mathély/Plaisant, fasc. III à XXXVIII cotés 5 1969 n° 46 ss ; Valancogne, t. 1 n° 629 *bis* p. 303 et n° 764 p. 344 ; Perot-Morel, JCP 1965 I 1905. R. Plaisant, Rev. trim. dr. com. 1971 p. 213 ss.

III LES FORMES DE L'INVENTION

1. Généralités

Les inventions peuvent présenter des formes diverses que l'on peut classer selon plusieurs critères différents. Le critère de l'importance de l'invention permet ainsi de distinguer entre l'invention de pionnier, la petite invention, et le perfectionnement ¹⁸⁴. Cette classification résulte cependant d'une appréciation subjective et n'est guère utilisée ¹⁸⁵. La distinction fondée sur les faits concrets nés de la mise en pratique de l'idée inventive présente un plus grand intérêt, et fait la différence entre produit et procédé. Tout aussi important est le critère tiré de la manière dont l'inventeur a rassemblé les éléments constitutifs de l'invention, sur lequel se fonde la distinction entre combinaison et application, et, à l'intérieur de cette dernière catégorie, entre le « transport d'industrie » et l'« invention de fonction ».

Les catégories des lois suisse (art. 52) et françaises (art. 2 L. 5 juillet 1844 ; art. 6 L. 2 janvier 1968), procèdent de ces deux derniers critères. La loi suisse distingue entre procédé, produit et dispositif, et utilisation ou mise en œuvre de chacun d'entre eux. La loi française de 1844 énumère le produit, le moyen et l'application de moyens. La loi nouvelle a remplacé le moyen par le procédé et a ajouté à la liste la combinaison de moyens, déjà introduite par la jurisprudence sous l'ancien régime.

Bien d'autres formes d'invention ont été mises en lumière par la doctrine ¹⁸⁶, qui répondent à d'autres critères, et notamment l'« invention de problème ».

2. L'invention, solution d'un problème

a) *Généralités*: « Une invention peut consister dans la solution d'un nouveau problème par de nouveaux moyens, ou dans la solution d'un nouveau problème par des moyens connus, ou enfin dans la solution d'un problème déjà connu par de nouveaux moyens. » ¹⁸⁷ Le plus souvent, l'invention appartient à cette dernière catégorie. Par exemple, la radio a été une réponse au problème bien connu de la communication à distance ; l'avion a été une solution au problème connu de la navigation aérienne.

Il est cependant fréquent que la solution d'un problème soulève des problèmes secondaires dont la réponse est indispensable à la solution du premier. Par exemple, une machine à préparer automatiquement les navettes des machines à broder, composée d'organes divers (organes d'alimentation de la navette et des bobines, dispositif pour introduire une bobine dans chaque navette, dispositif pour saisir et retenir le fil, ainsi que pour l'amener au couvercle de la navette par un ressort de freinage, et crochet pour tirer et guider le fil à travers la paroi de la

¹⁸⁴ Cf. Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 35 t. I p. 153 ; de Mestral, p. 227 et 243 ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 193 ss.

¹⁸⁵ Cf. Blum/Pedrazzini, *ead. loc.* ; voir cependant ATF 44 II 206 et ATF 39 II 345.

¹⁸⁶ Cf. Blum/Pedrazzini, *ead. loc.* ; de Mestral, p. 243.

¹⁸⁷ ATF 29 II 722 (JT 1905 I 76).

navette)¹⁸⁸ pose le problème de la construction de chacun de ces organes ; de même, l'idée d'utiliser la pression atmosphérique pour assurer le freinage des portes suppose un moyen de réalisation (piston et cylindre, ou soufflet)¹⁸⁹. De telles solutions, impliquant la résolution de problèmes secondaires nouveaux, sont souvent appelés « inventions de problème » (Aufgabenerfindungen ou Problem-erfindungen) en Suisse et en Allemagne¹⁹⁰. Cette forme de l'invention peut être brevetée à certaines conditions.

b) *Droit suisse*: Le droit suisse exige que l'invention présente un certain niveau (Erfindungshöhe), c'est-à-dire qu'elle se trouve hors de portée du technicien moyen (Durchschnittsfachmann) convenablement instruit¹⁹¹. L'invention est ici une solution qui pose un problème. La solution principale elle-même doit donc être nouvelle et résulter d'une idée créatrice¹⁹². En revanche, la solution du problème secondaire nouveau posé par l'invention ne doit pas entraîner une activité inventive dépassant les capacités du technicien moyen ; si tel est le cas, le brevet doit indiquer la solution, de telle façon que l'homme de la branche puisse l'exécuter sans difficultés extraordinaires¹⁹³. L'invention doit en effet être susceptible d'exploitation industrielle, c'est-à-dire pouvoir être exécutée suivant les moyens indiqués dans la description¹⁹⁴. On ne saurait donc admettre que soit brevetée une idée dont la réalisation exigerait au préalable une autre invention : elle serait hors de portée de l'industrie¹⁹⁵.

c) *Droit français*: L'expression « invention de problème » n'est guère usitée en France. Selon Casalonga¹⁹⁶, « la doctrine française n'a jamais voulu reconnaître que le simple fait de poser un problème puisse constituer une invention ». Cet auteur cite cependant¹⁹⁷ un arrêt de la Cour de Paris¹⁹⁸ qui admet la protection de l'idée consistant à faire sortir d'un étui et à épanouir en gerbe des aiguilles fixées sur une pelote à ressort, même si la contrefaçon réalise le même effet par un mécanisme différent de celui utilisé par le breveté, et déjà connu¹⁹⁹. L'idée principale peut donc être brevetée, à condition de répondre aux conditions générales de la brevetabilité, même si elle pose des problèmes secondaires²⁰⁰.

Comme en droit suisse, il est cependant nécessaire que le brevet indique au moins un moyen de réaliser l'idée principale : celle-ci ne doit pas demeurer inaccessible à l'homme de l'art et exiger qu'il fasse œuvre d'inventeur²⁰¹. La règle vaut également sous le régime de la loi nouvelle²⁰².

¹⁸⁸ ATF 39 II 340.

¹⁸⁹ Lyon 28 mai 1859, Ann. 1859 p. 210 ; Valancogne, t. I n° 161 p. 82.

¹⁹⁰ Cf. Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 31 t. I p. 140 ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 168 ss ; de Mestral, p. 242.

¹⁹¹ Voir *infra*, p. 100 ss.

¹⁹² ATF 39 II 348, 38 II 675, 44 II 196, 56 II 141 (JT 1930 I 422), 71 II 315 (JT 1946 I 313), 81 II 292 (JT 1956 I 341).

¹⁹³ ATF 39 II 347, 44 II 206.

¹⁹⁴ ATF 79 I 77.

¹⁹⁵ Concernant l'invention-problème, outre les arrêts cités sous notes 192 à 194, voir ATF 30 II 345 ; BIZR 1908 p. 69 (Ann. jur. XV 1907 n° 74 p. 31).

¹⁹⁶ Casalonga, *Traité de la Brevetabilité*, n° 162.

¹⁹⁷ Casalonga, *op. cit.*, n° 166.

¹⁹⁸ Paris 22 mai 1868, Ann. 1869 p. 137.

¹⁹⁹ Cf. également n. 189.

²⁰⁰ Valancogne, t. I n° 160 ss p. 81 ss ; Weinstein, p. 25.

²⁰¹ Roubier, t. II p. 224 ; Casalonga, t. I n° 74 et 238 ; Mathély/Plaisant, fasc. XV coté 11 1957 n° 55 ss et R. Plaisant, *op. cit.*, fasc. XV coté 5 1969 n° 39 ss et arrêts cités ; Valancogne, t. I n° 246bis p. 125.

²⁰² R. Plaisant, *Juris-Classeur commercial Annexes Brevets d'Invention*, fasc. XV coté 5 1969 n° 52 ; Weinstein, p. 30-31.

L'opinion de Mathély et Plaisant²⁰³, fondée sur un arrêt du tribunal civil de la Seine²⁰⁴, selon laquelle il ne serait pas nécessaire de décrire au moins un procédé d'obtention du produit breveté, paraît donc surprenante : elle ne se justifie que dans les cas où le procédé d'obtention est à la portée de l'homme de l'art.

d) *L'invention-problème et les équivalents* : L'invention dite « de problème » ne se distingue donc des autres inventions que par l'ampleur de la protection qui lui est accordée : celle-ci porte sur une idée générale englobant des domaines techniques plus restreints. A l'intérieur de chacun de ces domaines, il est possible d'inventer d'autres solutions aux problèmes particuliers insérés dans la solution générale²⁰⁵. Ainsi, dans l'exemple cité ci-dessus d'une machine préparant automatiquement des navettes à la broderie, il était possible de faire breveter une exécution nouvelle de l'un ou l'autre des organes composants : ce second brevet n'aurait cependant pas pu être exploité sans l'assentiment du premier breveté, car il se serait agi d'un moyen équivalent par sa fonction à celui utilisé dans le premier brevet. Le monopole du premier breveté porte en effet sur la combinaison de certaines fonctions, et non seulement sur telle construction particulière des organes exposés dans la description. La seconde invention dépend donc de la première²⁰⁶.

D'autre part, toute combinaison d'organes présentant les mêmes fonctions, agencés de la même manière pour atteindre un but identique constitue une contrefaçon ou une imitation de la combinaison brevetée, quelles que soient les différences de construction existant entre ces organes et ceux indiqués par le breveté. Cette théorie, dite des « équivalents », est appliquée dans les deux droits²⁰⁷.

L'invention de problème n'est pas un type d'invention particulier²⁰⁸, car toute invention est décomposable en divers éléments fonctionnels dont la construction peut être résolue de plusieurs manières. Il s'agit là uniquement d'une dénomination utilisée dans les cas les plus frappants, où les problèmes secondaires posés par la solution générale présentent une importance particulière. Elle prête cependant à confusion en laissant supposer qu'un problème peut être breveté sans que soient indiqués les moyens de le résoudre. Or, bien au contraire, l'invention-problème n'est protégée que si le brevet donne la solution du problème, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a plus de problème²⁰⁹ : l'invention-problème proprement dite n'est donc pas brevetable²¹⁰.

²⁰³ Mathély/Plaisant, fasc. V coté 5 1958 n° 23.

²⁰⁴ Trib. civ. Seine 6 février 1942, Ann. 1940-48 p. 50.

²⁰⁵ C'est à ces inventions-là que le Tribunal fédéral réservait autrefois l'appellation « inventions de pionnier » : cf. ATF 39 II 345, 44 II 196 ; Bircher, p. 78 ; Steck, p. 100 ; actuellement, ce terme s'applique aux inventions importantes : ATF 74 II 141.

²⁰⁶ ATF 39 II 349 ; cf. également Blum/Pedrazzini, art. 51 rem. 5 t. III p. 144 ss, rem. 9 p. 183, rem. 11 p. 197 ss et art. 36 t. II *passim* ; Troller, t. II (éd. 1962) p. 834 ; Valancogne, t. I n° 158 ss p. 80 ss, notamment n° 178 p. 91 et arrêts cités ; Casalonga, t. I n° 6 ; Roubier, t. II p. 80 ; Mathély/Plaisant, fasc. XXXII coté 11 1958 n° 62 ss ; Fernand-Jacq, PI 1948 p. 31 ss.

²⁰⁷ ATF 39 II 345, 92 II 292, 97 II 85 (JT 1971 I 611) ; Blum/Pedrazzini, art. 51 rem. 5 t. III p. 146, rem. 9 p. 177 ss ; Dürr, art. 1^{er} p. 16 ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 206 ; Martin-Achard, RDS 1944 p. 175 a ; Schönberg, RSJ 1933 p. 225 ; Sommer, RSJ 1916 p. 245 ; de Mestral, p. 200 ss ; Bumbacher, p. 63 (voir cependant ATF 60 II 121 (JT 1934 I 336), 59 II 289) ; Valancogne, t. I n° 129 ss p. 61 ss et arrêts cités ; Van der Haeghen, Les inventions mécaniques et le principe des équivalents ; Fernand-Jacq, PI 1948 p. 31 ; Roubier, t. II p. 78 ss ; Casalonga, Traité de la Brevetabilité, n° 155 ss ; Mathély/Plaisant, fasc. XXXII coté 11 1958 n° 57 ss et arrêts cités.

²⁰⁸ Blum/Pedrazzini, art. 51 rem. 5 t. III p. 133.

²⁰⁹ Kohler, Handbuch, p. 133 et 142 ; Blum/Pedrazzini, art. 51 rem. 5 t. III p. 131.

²¹⁰ Blum/Pedrazzini, art. 51 rem. 5 t. III p. 131 et 133 ; Bumbacher, p. 43.

3. Le produit et le procédé

a) *Généralités*: La classification la plus simple consiste à ranger les différentes sortes d'inventions selon leurs résultats pratiques. On distingue donc entre les inventions de produits et les inventions de procédés ; les produits sont des corps tangibles, ou du moins des phénomènes matériels, qui existent en eux-mêmes indépendamment du but auquel on peut les utiliser ²¹¹ ; tandis que les procédés sont des manières de faire, des recettes qui n'existent qu'en fonction d'un résultat ²¹².

La portée du brevet protégeant un moyen est donc moindre que celle du brevet protégeant un produit : le brevet de produit interdit aux tiers toute fabrication du produit, même par un procédé nouveau ; tandis qu'il est toujours possible d'obtenir par un autre moyen un résultat atteint grâce à un moyen breveté.

En droit suisse, comme en droit français, on distingue le produit et le résultat. Bien entendu, le produit est toujours le résultat d'un processus de fabrication, mais on entend ici par résultat l'avantage procuré par l'invention ; cet avantage est immatériel, alors que le produit est matériel ²¹³.

La distinction entre produit et procédé est fondamentale en droit des brevets, et déterminante quant à l'étendue de la protection ²¹⁴. Aussi l'art. 26 de la loi suisse de 1907 ne connaissait-il que ces deux catégories. L'art. 52 de la nouvelle loi a ajouté les deux classes de l'utilisation de produit et de l'application de procédé ²¹⁵. Cette mention de l'application nouvelle n'introduit pas une catégorie nouvelle de brevets, dont la portée serait différente de celle qui est accordée aux brevets de produits ou de procédés. En effet, l'utilisation d'un produit et l'application d'un procédé se concrétisent soit sous la forme d'un procédé, soit sous celle d'un produit ²¹⁶. Il en va de même de la combinaison ²¹⁷. Il est certes arrivé au Tribunal

²¹¹ Valancogne, t. I n° 375 p. 181 ; Roubier, t. II p. 152 ; Pouillet, n° 20 ; Mathély/Plaisant, fasc. V coté 11 1958 n° 2 ss ; Casalonga, Traité de la Brevetabilité, n° 191 ; Moureaux/Weismann, n° 29 ; Nougier, n° 391 ; Renouard, n° 62 ; Armengaud, n° 10 ; Blum/Pedrazzini, art. 52 rem. 4 t. III p. 230, rem. 5 p. 231 et rem. 6 p. 248 ; Raymond, p. 100.

²¹² Valancogne, t. I n° 690 p. 321 ; Moureaux/Weismann, n° 33 ; Nougier, n° 402-404 ; Renouard, n° 64 ; Armengaud, n° 38 ; Blanc, p. 433 ; Pouillet, n° 28 ; Mathély/Plaisant, fasc. V coté 5 1958 n° 32 ss et arrêts cités (les définitions des auteurs français se rapportent le plus souvent au moyen en général, et non au procédé, qui est une espèce du moyen) ; Blum/Pedrazzini, art. 52 rem. 5 t. III p. 231 ss ; ATF 38 II 688, 41 II 517, 43 II 527, 57 II 613 (JT 1932 I 584) ; Raymond, p. 100.

²¹³ Cf. notamment : Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 14 t. I p. 95 ; Valancogne, t. I n° 375 p. 181.

²¹⁴ Cf. Blum/Pedrazzini, art. 52 rem. 4 t. II p. 228.

²¹⁵ Les deux catégories de « moyen pour la mise en œuvre d'un procédé » (Ausführungsmittel) et de « dispositif » (Vorrichtung) sont simplement des sous-catégories du produit : cf. Blum/Pedrazzini, art. 52 rem. 6 t. III p. 248 et 253 ; message du CF du 25 avr. 1950, FF 1950 I p. 1001.

²¹⁶ Cf. ATF 43 II 203, 65 II 95, 70 II 232 (JT 1945 I 141), 69 II 188 (JT 1943 I 549) ; Trüstedt, GRUR 1956 p. 356 ; Blum/Pedrazzini, art. 52 rem. 8 t. III p. 261 (qui soutiennent l'opinion opposée) ; Mathély/Plaisant, fasc. VI coté 5 1958 n° 6 ss et arrêts cités ; Moureaux/Weismann (n° 29) distinguent toutefois l'application nouvelle du produit et du procédé.

²¹⁷ Mathély/Plaisant, fasc. VII coté 5 1958 n° 5 et 15 et arrêts cités ; P. Mathély, Ann. 1957 p. 15 ; ATF 21 299, 23 I 326, 24 II 471, 26 II 229 (JT 1901 I 25), 29 II 269, 29 II 345, 30 II 339, 34 II 50, 34 II 334, 34 II 762, 35 II 631, 37 II 267, 38 II 279, 38 II 663, 38 II 688 (procédé constitué d'un « complexe de processus qui se suivent dans le temps »), 39 II 335, 39 II 340, 43 II 112, 44 II 203, 49 II 136 (JT 1923 I 386), 56 II 141 (JT 1930 I 427), 57 II 222 (JT 1931 I 424), 58 II 57 (JT 1933 I 371), 58 II 266 (JT 1933 I 536), 69 II 180 (JT 1943 I 516), 69 II 421 (JT 1944 I 322), 83 II 224 (JT 1957 I 556), 85 II 131, 89 II 156 (JT 1963 I 612), 92 II 280, 92 II 48 (JT 1966 I 613), 93 II 504, 94 II 319 ; TF 24 mai 1901, Philippe et Roussel c. Goerz, JT 1902 I 391 ; TF 18 déc. 1903, Kugler et consorts Bacher c. Rasario et Viollet, JT 1904 I 245 ; TF 18 nov. 1905, Aubry, Graissely et Godet c. J. Kullmer fils, JT 1905 I 659 ; Blum/Pedrazzini, art. 51 rem. 5 t. III p. 147 ; Wüst, p. 113.

fédéral de faire la différence entre combinaison et procédé comportant plusieurs stades ²¹⁸ ; cette distinction est fondée sur le fait qu'un procédé en plusieurs phases se déroule dans le temps, contrairement à la combinaison. Certaines décisions françaises impliquent une distinction analogue ²¹⁹. Ce point de vue ne paraît pas incontestable : la technique a toujours « pour objet la combinaison de substances et de forces naturelles en vue de la production d'un effet physique ou chimique donné » ²²⁰. Par conséquent, un procédé est nécessairement constitué d'une combinaison de moyens, comme le produit : peu importe que ces moyens prennent place dans un certain espace (produit) ou dans un certain laps de temps ²²¹ (procédé : le procédé, étant une manière de faire, se déroule forcément dans le temps) ²²².

La loi française du 5 juillet 1844 (art. 2) prévoit une distinction, analogue à celle de la loi suisse, entre le produit et le moyen. Dans son sens le plus large, cette dernière catégorie comprend aussi bien le produit que le procédé ; le moyen est toutefois toujours considéré en fonction de son but, et non en lui-même ²²³. L'art. 6 al. 1 de la loi nouvelle a remplacé cette classe assez vague par la notion plus précise de procédé. En outre, alors que la loi de 1844, comme la loi suisse actuelle, ne mentionnait que l'application nouvelle, la loi du 2 janvier 1968 cite la combinaison. Comme on l'a vu, ces deux catégories se distribuent soit dans la classe du produit, soit dans celle du procédé ²²⁴. La distinction entre produit et procédé sert surtout à fixer l'étendue de la protection accordée au breveté ²²⁵, tandis que l'application nouvelle et la combinaison sont utiles avant tout dans l'examen de la brevetabilité.

b) *Le produit nouveau*

aa) *Le produit nouveau en général*

A. *Droit suisse*: L'invention de produit n'est pas le produit lui-même : celui-ci n'est que la forme concrète prise par l'invention, elle-même idée abstraite, système. La protection s'étendant à tous les produits basés sur la même idée, il est évident que le brevet porte sur l'idée et non sur le produit corporel ²²⁶.

Un produit est un phénomène matériel aux qualités physiques déterminées. C'est la matérialité qui constitue le caractère essentiel du produit, et qui le distingue du procédé. Celui-ci, en effet, est une manière de faire que l'inventeur a choisie de préférence à telle autre. Le produit est matériel, le procédé immatériel. ²²⁷

C'est à dessein que nous employons le terme général de « phénomène matériel » : le produit n'est pas seulement un corps solide, déterminé dans sa forme et ses dimensions, comme le sont par exemple un stylographe ou un appareil de TSF. Il peut aussi bien être un liquide ou un gaz, ou même une combinaison de forces (par exemple ondes spéciales). La physique moderne enseigne en effet que l'énergie est une forme de la matière : rien ne permet donc de contester la brevetabilité, en tant que produit, d'un phénomène énergétique ²²⁸.

²¹⁸ ATF 57 II 613 (JT 1932 I 584).

²¹⁹ Trib. civ. Seine 13 juin 1943, Ann. 1940-48 fasc. III ; cf. également Valancogne, t. I n° 376 p. 181, qui distingue entre produit, procédé et combinaison.

²²⁰ ATF 74 II 133 ; cf. également ATF 43 II 523.

²²¹ De Mestral, p. 234 ; Wüst, p. 34 ss ; P. Mathély, Ann. 1957, p. 15 ss.

²²² ATF 57 II 613 (JT 1932 I 584).

²²³ Pouillet, n° 25 ; Mathély/Plaisant, fasc. V coté 5 1958 n° 31 ss et arrêts cités.

²²⁴ Cf. *supra*, n. 216 et 217.

²²⁵ Cf. *supra*, n. 214.

²²⁶ TF 11 juillet 1896, Mantel c. Martini et Co, JT 1896 I 752.

²²⁷ ATF 38 II 688, 41 II 517.

²²⁸ Blum/Pedrazzini, art. 8 rem. 22 t. I p. 410, art. 52 rem. 5 t. III p. 234 et rem. 6 p. 248.

La combinaison de forces en question devra toutefois être nouvelle et ne pas se trouver déjà dans la nature, car le produit naturel ne saurait être breveté : il n'y a aucune invention, aucune création dans la découverte d'un produit qui existe déjà, quel que soit d'ailleurs le mérite de la découverte ²²⁹.

A cette question est liée celle de la brevetabilité du produit biologique ²³⁰. Par exemple, est-il possible de faire breveter une variété de plantes ? En principe, rien ne s'y oppose ²³¹. Toute invention utilise les forces naturelles, et les forces biologiques appartiennent au domaine des forces naturelles ²³². Dans de nombreux cas cependant, la brevetabilité d'une nouvelle espèce se heurte à l'impossibilité de décrire le procédé d'obtention de la plante avec une précision suffisante pour qu'un homme du métier soit en mesure de le reproduire ²³³.

En raison de la difficulté de concilier les exigences habituelles du droit des brevets et la nécessité de protéger les espèces végétales nouvelles, plusieurs Etats européens, dont la France et la Suisse, ont signé la Convention de Paris du 2 décembre 1961 pour la protection des obtentions végétales ²³⁴. Selon cet accord, les conditions de la protection sont moins strictes qu'en matière de brevets. La possibilité de reproduction du procédé original n'est notamment pas exigée. Si la Suisse n'a pas encore ratifié cette convention, le Conseil fédéral prépare actuellement une loi pour la protection des obtentions végétales qui permettra bientôt de franchir ce pas. Comme le prévoit la convention, la loi entrera en vigueur progressivement, et sera d'abord appliquée à un nombre limité d'espèces.

B. *Droit français* : L'invention de produit est la première catégorie considérée par l'art. 2 de la loi du 5 juillet 1844 et l'art. 6 de la loi du 2 janvier 1968. Selon une doctrine presque unanime, qui reprend l'opinion de Pouillet ²³⁵, le produit est un corps certain et déterminé ²³⁶. Pouillet ²³⁷ parle même d'un « objet matériel ayant une forme » ²³⁸ : il est évident que cette définition est un lapsus, car elle exclurait de la protection la totalité des inventions de matières solides, liquides ou gazeuses, qui sont brevetables en France ²³⁹, et n'ont pas de forme précise.

Dans la classification française de la loi de 1844, le produit nouveau est opposé au moyen nouveau. Le produit nouveau existe en lui-même, tandis que le moyen nouveau ne vaut que par rapport au résultat auquel on l'emploie ²⁴⁰. Cette distinction correspond à celle que font la nouvelle loi française et la loi suisse entre produit et procédé, sans être aussi précise : au sens large, la catégorie du moyen englobe celle du produit, puisque toute invention est un moyen d'atteindre un but ²⁴¹. En général, le produit n'est cependant inclus dans cette catégorie que dans les cas où il est considéré en raison de son but : le brevet porte sur la fonction du

²²⁹ Cf. *supra*, p. 30 ss ; Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 23 t. I p. 250.

²³⁰ Blum/Pedrazzini, art. 52 rem. 6 t. III p. 249.

²³¹ ATF 79 II 82 ; message du CF du 25 avr. 1950, FF 1950 p. 955.

²³² Blum/Pedrazzini, art. 52 rem. 5 t. III p. 251, art. 1^{er} rem. 13 t. I p. 90.

²³³ ATF 79 II 77 ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 166 ; Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 13 t. I p. 92 et art. 52 rem. 6 t. III p. 249.

²³⁴ Voir *infra*, p. 159.

²³⁵ Pouillet, n° 20.

²³⁶ Roubier, t. II p. 152 ; Mathély/Plaisant, fasc. V coté 5 1958 n° 2 ; Casalonga, Traité de la Brevetabilité, n° 191 ; Moureaux/Weismann, n° 29 ; Nougier, n° 391 ; Renouard, n° 62 ; Armengaud, n° 10 ; Valancogne, t. I n° 376 p. 181.

²³⁷ Pouillet, n° 20.

²³⁸ De même : Moureaux/Weismann, n° 29.

²³⁹ Mathély/Plaisant, fasc. V coté 5 1958 n° 7.

²⁴⁰ Cf. *supra*, n. 212 et auteurs cités.

²⁴¹ Cf. par exemple Malapert, n° 98, et Voulet, D 3, qui donnent des définitions très larges du moyen.

produit ²⁴². Cela correspond à la catégorie suisse de l'« utilisation d'un produit » (art. 52), qui est en définitive une sous-espèce de l'application nouvelle ²⁴³.

La doctrine française a parfois tenté de distinguer le produit non seulement du procédé, mais encore de l'application nouvelle ²⁴⁴. Il est toutefois reconnu que l'application nouvelle peut consister en un produit ²⁴⁵ : les deux notions ne s'excluent donc pas.

La très grande majorité des auteurs français définissent le produit un « corps » ²⁴⁶. Il semble donc que d'autres formes de la matière que celles de solide, liquide ou gaz, soient exclues de la brevetabilité en tant que produit. Moureaux/Weismann ²⁴⁷ et Casalunga ²⁴⁸ soutiennent cependant que, la seule caractéristique du produit étant sa matérialité, celui-ci ne doit pas nécessairement être durable et tangible pour être considéré comme tel : des ondes spéciales et possédant leur individualité propre devraient pouvoir être brevetées comme produit. Nous ne connaissons pas d'arguments qui puissent être opposés à un tel raisonnement, qu'il s'agisse du droit suisse ou du droit français.

La doctrine et la jurisprudence françaises excluent généralement de la brevetabilité les produits naturels ²⁴⁹. Allart ²⁵⁰, Nougier ²⁵¹ et Renouard ²⁵² incluent toutefois implicitement les produits naturels dans leurs définitions ; mais ce sont là des auteurs anciens, que la jurisprudence n'a pas suivis. Parmi les auteurs contemporains, seuls à notre connaissance Moureaux/Weismann ²⁵³ soutiennent une doctrine opposée.

Cependant, selon quelques auteurs et certains arrêts, une matière qu'on trouve dans la nature peut être brevetée comme produit, si le produit en question se présente sous une forme nouvelle. Ainsi, Malapert ²⁵⁴ soutient que l'inventeur de l'aluminium en lingots avait créé un produit nouveau, puisque, jusqu'alors, on ne trouvait l'aluminium qu'à l'état de poudre inutilisable pour l'industrie ; de même, Casalunga ²⁵⁵ affirme que la soude obtenue par le procédé Leblanc constituait un produit brevetable, parce qu'elle n'existait auparavant qu'à l'état combiné, et non à l'état libre. Cette opinion paraît contestable : l'idée d'obtenir de la soude à l'état pur ou de l'aluminium en lingots était connue ; en ce cas, seuls pouvaient être brevetés les procédés d'obtention ; un monopole portant sur le produit, qui aurait interdit à tout tiers l'obtention de soude ou de lingots d'aluminium même par des procédés différents de ceux employés par le breveté, ne pouvait être octroyé ²⁵⁶.

Quant aux nouveautés végétales, jusqu'en 1970 rien ne s'opposait en droit français à la protection d'une plante en tant que produit nouveau, du moins en principe ; il fallait toutefois que « cette variété nouvelle puisse être nettement distinguée par un ou plusieurs caractères importants, de toute autre variété dont

²⁴² Mathély/Plaisant, fasc. V coté 5 1958 n° 32.

²⁴³ Blum/Pedrazzini, art. 52 rem. 8 t. III p. 260 ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 201.

²⁴⁴ Moureaux / Weismann, n° 29.

²⁴⁵ Cf. *supra*, n. 216.

²⁴⁶ Cf. *supra*, n. 235.

²⁴⁷ Moureaux/Weismann, n° 32 bis.

²⁴⁸ Casalunga, t. I n° 5 et PI 1944 p. 64 ss.

²⁴⁹ Mathély/Plaisant, fasc. V coté 5 1958 n° 9 et arrêts cités ; Casalunga, Traité de la Brevetabilité, n° 203 ; Pouillet, n° 24 ; Roubier, t. II p. 91 ; Valancogne, t. I n° 339-340 p. 165 et arrêts cités ; Picard/Olin, n° 94 et 99.

²⁵⁰ Allart, n° 25.

²⁵¹ Nougier, n° 391.

²⁵² Renouard, n° 62.

²⁵³ Moureaux/Weismann, n° 29.

²⁵⁴ Malapert, n° 91.

²⁵⁵ Casalunga, Traité de la Brevetabilité, n° 204.

²⁵⁶ Cf. Valancogne, t. I n° 169 ss, p. 85 ss.

l'existence, au moment où la protection avait été demandée, était notoirement connue »²⁵⁷ ; autrement dit, il fallait que la nouveauté porte sur la plante elle-même, et non seulement sur le procédé utilisé pour l'obtenir. Il en irait probablement de même en droit suisse.

En droit français comme en droit suisse, le principal obstacle à la brevetabilité des produits ou procédés végétaux résidait dans l'instabilité des espèces obtenues et dans l'insécurité des procédés²⁵⁸.

La loi du 11 juin 1970 relative à la protection des obtentions végétales a cependant réglé la question en créant un titre réservé aux inventions végétales, qui ne peuvent plus être brevetées (art. 7 al. 2 ch. 4 et 16 ch. 7 L. 2 janvier 1968, complétés par l'art. 34 L. 11 juin 1970).

bb) *La combinaison formant produit* : Tout produit est formé d'une combinaison d'éléments. Les éléments simples sont déjà présents dans la nature, et, comme tels, ils ne sont pas brevetables. Par conséquent, les produits brevetables ne peuvent être que des combinaisons²⁵⁹.

c) *Le procédé*

aa) *Droit suisse* : Le procédé peut se présenter aussi bien sous la forme d'une application nouvelle que d'une combinaison²⁶⁰. Il consiste en une manière de faire, et non en une certaine disposition de la matière, comme le produit : le procédé est une méthode²⁶¹. Cette méthode n'est pas brevetable en elle-même. Par exemple, on ne pourrait pas faire breveter en elle-même la suite d'opérations consistant en une dessiccation et une compression²⁶². Un tel processus produit des effets absolument différents suivant les matériaux utilisés. La protection du procédé en tant que méthode abstraite de son but n'existe pas²⁶³.

Comme nous l'avons vu²⁶⁴, la protection offerte au procédé est moindre que celle accordée au produit : il n'est interdit à personne d'essayer d'atteindre le même résultat par un autre moyen, tandis que le produit est protégé quel que soit le procédé de fabrication utilisé.

bb) *Droit français* : Le moyen nouveau constitue la deuxième catégorie prévue à l'art. 2 de la loi du 5 juillet 1844. Le moyen nouveau, selon Pouillet²⁶⁵, comprend les agents, les organes et les procédés. Les agents sont les moyens chimiques, les organes les moyens mécaniques et « les procédés sont les façons diverses de mettre en œuvre et de combiner les moyens, soit chimiques, soit mécaniques ». La définition de Nougier²⁶⁶ est plus concise : « Tous les procédés matériels, toutes les combinaisons scientifiques qui procurent un produit ou un résultat constituent les moyens. »

Par définition, le moyen, créé en vue d'un résultat, sert à quelque chose. La protection ne s'étend donc qu'à la relation liant le moyen au résultat visé²⁶⁷.

²⁵⁷ Trib. civ. Grasse, 5 mars 1963, JCP 1963 II 13297, n. Henry Delpech, cité par Mathély/Plaisant, fasc. V coté 5 1968 n° 13.

²⁵⁸ Mathély/Plaisant, fasc. V coté 5 1958 n° 13.

²⁵⁹ Cf. n. 221.

²⁶⁰ Cf. n. 216, 217 et 224.

²⁶¹ Cf. n. 212.

²⁶² Exemple tiré de l'arrêt Cass. req. 6 mars 1854, Dalloz 1855 I 347, cité par Mathély/Plaisant, fasc. VII coté 5 1958 n° 15.

²⁶³ Blum/Pedrazzini, art. 52 rem. 5 t. III p. 231, qui citent Weidlich, Zeitschrift für angewandte Chemie I, p. 275 ; Bull. stén. CE 1906 p. 1466.

²⁶⁴ N. 211 et 212.

²⁶⁵ Pouillet, n° 25.

²⁶⁶ Nougier, n° 402.

²⁶⁷ Cf. n. 211 et 212.

A la notion très générale ²⁶⁸ de moyen, la loi du 2 janvier 1968 a substitué celle de procédé, peut-être plus restreinte. La portée du brevet de procédé demeure toutefois la même ; ainsi certains auteurs ne font-ils aucune différence entre moyen et procédé ²⁶⁹.

4. *L'application et la combinaison*

a) *Généralités*: La distinction entre application et combinaison nouvelles est utilisée aussi bien en droit français qu'en droit suisse. La loi suisse (art. 52) et la loi française de 1844 (art. 2) ne mentionnent que l'application nouvelle ; la combinaison est citée expressément par la nouvelle loi française (art. 6). Cette distinction est fondée non sur le critère des faits dans lesquels l'invention est concrétisée, mais sur la manière dont l'inventeur a procédé : dans l'application nouvelle, l'inventeur transpose un moyen dans un système où il n'avait pas encore fonctionné ; tandis que dans la combinaison nouvelle, il réunit pour la première fois des éléments indépendants en vue d'un but unique.

Il est donc admis en général que la combinaison diffère de l'application nouvelle par la permanence de fonction de ses éléments constitutifs : alors que l'application nouvelle donne une fonction nouvelle à un moyen connu, la combinaison rassemble d'une manière nouvelle des éléments connus, en conservant leurs fonctions antérieures ²⁷⁰.

La doctrine française a toutefois souvent souligné la parenté liant la combinaison et l'application nouvelles ²⁷¹ : « La combinaison nouvelle n'est qu'une variante de l'application nouvelle avec laquelle elle doit être confondue dans la pratique. » ²⁷² « Associer pour la première fois des éléments qui étaient jusqu'alors restés séparés, c'est les appliquer d'une façon nouvelle. » ²⁷³

En fait, de nombreux cas d'application nouvelles peuvent manifestement être rangés également dans la catégorie de la combinaison ; il en est ainsi en particulier des applications nouvelles créant des produits. Par exemple, est une application nouvelle l'adaptation aux biberons d'enfants d'un genre spécial de soupape intérieure, constituée par un disque en caoutchouc fendu ²⁷⁴. Dans ce cas-là, c'est un produit, la combinaison d'un biberon et d'une certaine soupape, qui est protégé. De même, l'utilisation, dans la construction des crampons de fers à cheval, d'un acier dur, qui constitue une application nouvelle selon le Tribunal fédéral ²⁷⁵, peut également être envisagée comme la combinaison d'un fer à cheval et d'une pointe en acier présentant un certain degré de dureté. La parenté est moins évidente quand l'application ne donne pas naissance à un produit nouveau : par exemple, dans le cas de l'utilisation du DDT comme insecticide ²⁷⁶ ; elle n'en existe pas moins : on peut en effet considérer que l'invention réside dans la combinaison de deux éléments, le DDT et les insectes.

²⁶⁸ Weinstein, p. 10.

²⁶⁹ Mathély/Plaisant, fasc. III à XXXVIII cotés 5 1969 n° 14 ; Valancogne, t. I n° 690 p. 321-322 ; Chavanne, Rev. trim. dr. com. 1968 p. 679.

²⁷⁰ Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 22 t. I p. 143 et rem. 33 p. 146 ; de Mestral, p. 224 et 228 ; P. Mathély, Ann. 1957 p. 15 ; Mathély/Plaisant, fasc. VII coté 5 1958 n° 3 ; Roubier, t. II n° 143 ; Armengaud, n° 16.

²⁷¹ Pouillet, n. 46 ; Casalonga, Traité de la Brevetabilité, n° 226 ; Blanc, p. 435 ; Moureaux/Weismann, n° 38 ; Nougier, n° 410 ; Renouard, n° 65 ; Armengaud, n° 16.

²⁷² Armengaud, n° 16.

²⁷³ Pouillet, n° 46.

²⁷⁴ Cass. 1^{er} juin 1876, Ann. 1876 p. 188.

²⁷⁵ ATF 69 II 188 (JT 1943 I 549).

²⁷⁶ Walleser, p. 132 ; Trib. civ. Seine 28 avril 1949, Ann. 1951 p. 143 ; Valancogne, t. I n° 353 p. 172.

La position de la doctrine française nous paraît donc justifiée : il n'y a pas de différence de nature entre la combinaison et l'application nouvelles. Toute application nouvelle peut être considérée comme une combinaison (souvent réduite à deux éléments) ; inversement, toute combinaison peut être décrite comme une application nouvelle, chaque élément jouant, par rapport à l'ensemble, un rôle nouveau.

Ainsi que P. Mathély l'a démontré ²⁷⁷, la combinaison peut prendre la forme soit d'un produit, soit d'un procédé. Il en va de même de l'application nouvelle ²⁷⁸. L'absence de la combinaison dans l'énumération de la loi suisse et de l'ancienne loi française ne saurait donc être interprétée comme une exclusion.

b) *L'application nouvelle*

aa) *Généralités* : L'application nouvelle de moyens connus est une catégorie importante, car la plupart des inventions représentent des applications nouvelles ²⁷⁹.

Cette classe est souvent divisée en deux sous-catégories : le transport d'industrie, ou invention de transposition ou d'adaptation (*Übertragungserfindung*), d'une part, et d'autre part l'application nouvelle proprement dite, ou « invention de fonction » (*Funktionserfindung*) ²⁸⁰.

bb) *Le transport d'industrie*

A. *Droit suisse* : Selon Blum/Pedrazzini ²⁸¹, il y a transport quand l'invention réside dans l'application d'une solution connue dans un domaine autre que celui prévu à l'origine. Il n'y a pas besoin que la fonction technique change ; les domaines d'application seuls sont différents.

Le transport d'industrie constitue rarement une invention brevetable en Suisse en raison du « niveau inventif » requis dans ce pays : l'importation dans un domaine d'un système connu dans un autre domaine n'exige pas, en général, un très grand effort d'imagination ²⁸².

B. *Droit français* : Le droit français n'exclut pas la protection du transport d'industrie ²⁸³. En principe, concernant les brevets soumis à l'ancien régime, la jurisprudence s'est interdit d'examiner si la transposition avait exigé une certaine somme d'activité inventive ²⁸⁴ ; la protection ne pourra être refusée que si l'on est en présence d'un simple emploi nouveau ²⁸⁵. La loi nouvelle, au contraire, utilise le critère de l'activité inventive.

La distinction entre transport d'industrie et application nouvelle proprement dite ne s'impose pas ; aussi plusieurs auteurs ne font-ils aucune différence ²⁸⁶.

La définition de l'emploi nouveau non brevetable se rapproche certes souvent de celle de la transposition : selon Valancogne ²⁸⁷, « il y a application nouvelle

²⁷⁷ Ann. 1957 p. 15 ; cf. n. 217.

²⁷⁸ Cf. n. 216.

²⁷⁹ Valancogne, t. I n° 431 p. 208 ; Casalunga, *Traité de la Brevetabilité*, n° 206-207.

²⁸⁰ Casalunga, *op. cit.*, n° 209 ss ; Roubier, t. II p. 121-123 ; Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 33 et 34 t. I p. 146 ss ; de Mestral, p. 221 ss.

²⁸¹ Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 33 t. I p. 146 ; voir aussi : de Mestral, p. 221 ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 199.

²⁸² Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 33 t. I p. 147 ; ATF 92 II 48 (JT 1966 I 615) ; de Mestral, p. 221 ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 199 ; Matter, RDS 1944 p. 38 a ; PMMBI 1964 p. 15 ss.

²⁸³ Casalunga, t. I n. 154 ; Roubier, t. II p. 124.

²⁸⁴ Cf. n. 161.

²⁸⁵ Weinstein, p. 16 ; Mathély/Plaisant, fasc. VI coté 5 1958 n° 19 ss et arrêts cités. Cette exception n'est d'ailleurs que l'emploi, sous un autre nom, du critère de l'activité inventive : cf. n. 162 ; *contra* : Weinstein, p. 16 ss ; Valancogne, t. I n° 643 p. 308.

²⁸⁶ Cf. notamment : Mathély/Plaisant, fasc. VI coté 5 1958 n° 2 ; Armengaud, n° 12 ; Voulet, D. 4.

²⁸⁷ Valancogne, t. I n° 643 p. 308.

quand le moyen n'a jamais servi à obtenir le résultat qu'il donne maintenant, et emploi nouveau, quand le résultat a déjà été procuré par le moyen ; par exemple le moyen a été simplement appliqué à un objet analogue à ceux qui étaient antérieurement employés ou transporté d'une industrie à une autre, sans qu'il s'ensuive aucun résultat ou avantages nouveaux quelconques »²⁸⁸. Cette définition n'exclut toutefois la transposition de la protection que dans les cas où celle-ci n'apporte aucun résultat nouveau ; le transport d'industrie ne s'identifie donc pas nécessairement à l'emploi nouveau non brevetable.

cc) *L'application nouvelle proprement dite*

A. *Droit suisse* : On parle dans les pays germaniques d'« invention de fonction » (Funktionserfindung). Il y a invention de fonction, selon Blum/Pedrazzini²⁸⁹, quand l'invention réside dans la découverte et la mise en pratique d'une fonction nouvelle d'un moyen connu. D'après ces auteurs, il faut se garder de confondre l'invention de fonction et le transport d'industrie : dans le premier cas, un moyen joue un rôle technique différent de celui connu jusque-là ; tandis que, dans l'invention d'adaptation, il n'y a pas une fonction nouvelle, mais une fonction connue transférée dans un autre domaine²⁹⁰.

A vrai dire, la différence paraît assez faible. Ainsi, Blum/Pedrazzini illustrent la distinction par l'exemple suivant : l'utilisation à des installations de séchage d'un dispositif employé auparavant au chauffage des chambres constitue une invention de fonction ; tandis que l'application du même dispositif au chauffage de chambres plus vastes est une transposition non inventive²⁹¹. Dans les deux cas cependant la fonction du dispositif demeure le chauffage. Cet exemple est fort semblable à celui de la centrifugeuse employée pour la première fois à décoaguler le sang²⁹², dont le Tribunal fédéral souligne que la fonction technique (en l'occurrence la séparation des parties liquide et solide contenues dans un mélange composé de deux éléments) est restée la même qu'auparavant. Tout organe présente une fonction générale primaire, dont le domaine d'application est vaste, à l'intérieur de laquelle peuvent s'insérer plusieurs fonctions secondaires, correspondant à autant de domaines d'application spéciaux et restreints²⁹³. La question de savoir si la fonction a changé varie selon la localisation de cette dernière. Dans l'exemple du dispositif de chauffage, la fonction primaire est bien entendu le chauffage ; le chauffage des chambres est une sous-fonction spécialisée de cette fonction générale. L'application de ce dispositif à une installation de séchage par la chaleur procède également de cette fonction générale. Quant à l'utilisation de l'installation dans de vastes pièces, elle constitue une sous-fonction du chauffage des chambres, c'est-à-dire une « sous-sous-fonction » de la fonction primaire. Si l'on se place au niveau de la première sous-fonction, c'est-à-dire du chauffage des chambres, on peut admettre que le séchage n'en dérive pas et qu'il s'agit là d'une fonction parallèle et nouvelle ; mais si l'on remonte au niveau de la fonction première, le chauffage en général, on constate que le séchage ne la modifie nullement : il en est au contraire une conséquence directe ; la fonction étant restée la même, on devrait admettre que l'on se trouve en présence d'une simple transposition²⁹⁴. On peut donc discerner une invention de fonction ou une transposition suivant le

²⁸⁸ Cf. également Mathély/Plaisant, fasc. VI coté 5 1958 n° 19 ss et arrêts cités.

²⁸⁹ Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 34 t. I p. 150.

²⁹⁰ Blum/Pedrazzini, *eod. loc.* ; de Mestral, p. 224.

²⁹¹ Blum/Pedrazzini, *eod. loc.* ; ATF 37 II 266 (JT 1912 I 532).

²⁹² ATF 49 II 141 ss.

²⁹³ Cf. Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 34 t. I p. 150.

²⁹⁴ ATF 49 II 146.

niveau de la fonction envisagée. Il semble par conséquent qu'il n'y ait pas de différence de nature entre l'invention de fonction et la transposition, contrairement à l'avis de la doctrine dominante ²⁹⁵. Quoi qu'il en soit, puisqu'il est admis que, suivant les circonstances, la transposition peut être brevetée ²⁹⁶, la distinction, qui ne permet pas d'éviter l'application des règles générales de la brevetabilité, ne présente en fait guère d'utilité, ni dans l'examen de la portée du brevet, ni dans celui de la brevetabilité. Aussi la jurisprudence fédérale ne s'y attache-t-elle guère ²⁹⁷.

B. *Droit français*: La doctrine française n'accorde guère d'importance à la distinction entre l'application nouvelle proprement dite (invention de fonction) et le transport d'industrie ²⁹⁸. Il est admis en général que l'application nouvelle de moyens connus se caractérise par le changement de fonction de ces moyens ²⁹⁹, qu'il s'agisse d'une transposition ou d'une « Funktionserfindung ».

c) *La combinaison*

aa) *Généralités*: La combinaison nouvelle de moyens connus est la réunion d'éléments divers en vue d'un but commun ³⁰⁰. Le brevet porte donc sur la structure de l'ensemble, et non sur chaque élément considéré isolément.

Toute invention est constituée de plusieurs éléments ³⁰¹. Il existe cependant de nombreux assemblages formés d'éléments simplement accolés, mais non combinés en vue d'obtenir un effet technique déterminé. Par exemple, on trouve sur le marché des briquets-montres, des montres-thermomètres ou des montres-hygromètres. De telles juxtapositions ne sont pas considérées comme brevetables ³⁰². L'exclusion de la protection est imputée soit au défaut de niveau inventif, soit à l'absence d'effet technique nouveau.

La différence entre combinaison et juxtaposition n'est cependant pas toujours nette ³⁰³; comme exemple de cas limite, on peut citer le fameux arrêt du « polygreffe » ³⁰⁴, qui a déclaré brevetable la réunion d'une machine à greffer et d'une machine à couper le bois.

bb) *Droit suisse*: Le Tribunal fédéral parle déjà d'invention de combinaison sous le régime de la loi de 1888 ³⁰⁵. C'est un principe bien établi que la combinaison brevetable peut être composée d'éléments connus : l'examen de la nouveauté et du

²⁹⁵ Cf. Roubier, t. II p. 125.

²⁹⁶ De Mestral, p. 223 ; Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 33 t. I p. 147-148 ; ATF 56 II 148 (JT 1930 I 427), 21 299.

²⁹⁷ Cf. de Mestral, p. 224 ; Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 34 t. I p. 150.

²⁹⁸ Cf. n. 286.

²⁹⁹ Cf. n. 270.

³⁰⁰ De Mestral, p. 229 ; Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 32 t. I p. 143 ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 212 ; Roubier, t. II p. 132 ; Mathély/Plaisant, fasc. VII coté 5 1958 n° 1 ; Mathély, Ann. 1957 p. 15 ; Casalonga, t. I p. 116 ; arrêts cités par ces auteurs.

³⁰¹ Cf. n. 259 et 221 ; Wüst, p. 34.

³⁰² Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 32 t. I p. 146 ; Egli, p. 24 ss ; Wüst, p. 23 ; de Mestral, p. 237 ; ATF 57 II 222 (JT 1931 I 427), 58 II 62 (JT 1933 I 376) ; Mathély/Plaisant, fasc. VII coté 5 1958 n° 13 ss ; Mathély, Ann. 1957 p. 19 ; Valancogne, t. I n° 642 p. 308 ; Casalonga, Traité de la Brevetabilité, n° 226 ss ; Casalonga, t. I p. 116 ; Roubier, t. II p. 137 ; Trib. civ. Seine 10 juin 1936, Ann. 1938 p. 200 ; Paris 18 nov. 1941, Ann. 1940-48 p. 40 ; Paris 4 avr. 1949, Ann. 1949 p. 215 ; Trib. civ. Seine 18 juillet 1950, Ann. 1951 p. 83 ; Amiens 15 mai 1956, Ann. 1956 p. 303 ; Paris 29 juin 1956, Ann. 1956 p. 293 ; Paris 9 avr. 1957, Ann. 1957 p. 56 ; Trib. civ. Versailles 10 juin 1936, Ann. 1938 p. 200 ; Paris 10 fév. 1937, Ann. 1938 p. 226 ; Cass. civ. 12 avr. 1956, Ann. 1957 p. 14.

³⁰³ Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 32 t. I p. 146 et 148 ; de Mestral, p. 237 ss ; Wüst, p. 23 ss. ³⁰⁴ Cass. crim. 25 mai 1897, Ann. 1897 p. 332 ; cf. également Valancogne, t. I n° 436 p. 209.

³⁰⁵ ATF 16 596 (JT 1890 I 529), 23 I 333, 25 II 991 (JT 1900 I 568) 29 II 575, 29 II 174, 34 II 762 (Ann. jur. XVI 1908 n° 96 p. 38), 35 II 449 (Ann. jur. XVII 1909 n° 60 p. 25), 37 II 285, 38 II 282, 39 II 348, 43 II 112, 27 II 604.

niveau inventif porte sur la disposition de ces éléments, non sur leurs caractéristiques individuelles³⁰⁶. Le Tribunal fédéral admet que l'on est en présence d'une combinaison « si les éléments combinés concourent au même but et doivent produire un effet déterminé »³⁰⁷. A la combinaison s'oppose la juxtaposition, simple addition d'éléments indépendants ne concourant pas au même but et sans effet technique nouveau³⁰⁸.

Dans un arrêt de 1923³⁰⁹, le Tribunal fédéral avait adopté la théorie dite de la somme (*Summentheorie*), d'après laquelle il n'y a une combinaison que lorsque l'effet combiné de tous les moyens réunis dépasse celui de la somme de tous ces moyens agissant isolément ; il y avait renoncé par la suite pour revenir à l'exigence plus modeste de la collaboration des éléments à un but unique³¹⁰. D'autre part, le Tribunal fédéral semble avoir exigé passagèrement une interaction réciproque des éléments, en parlant d'une « véritable fusion des fonctions »³¹¹. Ce réquisit n'a pas été renouvelé et ne semble pas devoir être maintenu³¹².

En 1944, le Tribunal fédéral a cessé de considérer la combinaison comme un type particulier d'invention, sous l'influence de Wüst : il était en effet inutile de s'attacher à la définir, car l'examen des conditions générales de la brevetabilité demeurait nécessaire dans chaque cas³¹³. Ce revirement ne signifie pas toutefois qu'ait été abandonné le principe selon lequel une invention brevetable peut consister en une combinaison de moyens connus en eux-mêmes³¹⁴.

cc) *Droit français* : On avait proposé, lors de la discussion préparatoire de la loi du 5 juillet 1844, puis à l'occasion d'un projet de réforme de la loi, d'ajouter aux trois catégories de l'art. 2 celle de la combinaison³¹⁵. Ces propositions n'avaient pas été retenues.

Ainsi qu'on l'a vu, la plupart des auteurs rangent la combinaison nouvelle dans la catégorie de l'application nouvelle³¹⁶. D'autres en font une quatrième classe, distincte de celles de l'art. 2 et créée par la jurisprudence³¹⁷. Enfin, P. Mathély a démontré que la combinaison se classait dans les deux catégories du produit et du moyen³¹⁸.

En introduisant la combinaison dans la liste de l'art. 6 de la nouvelle loi, le législateur de 1968 met fin à toute controverse.

La définition de la combinaison correspond exactement à celle retenue par le Tribunal fédéral : « ... elle existe dès lors que tous les moyens qui la composent coopèrent en vue d'un résultat commun »³¹⁹. Peu importe que les éléments constitutifs

³⁰⁶ ATF 23 I 333, 25 II 991 (JT 1900 I 568), 27 II 604, 27 II 611, 29 II 178, 29 II 575, 30 II 345, 34 II 762 (Ann. jur. XVI 1908 n° 96 p. 38), 37 II 285, 38 II 282, 43 II 112, 49 II 137 (JT 1923 I 386), 57 II 222 (JT 1931 I 424), 58 II 61 (JT 1933 I 375), 58 II 274 (JT 1933 I 542), 69 II 180 (JT 1943 I 519), 69 II 421 (JT 1944 I 324), 82 II 253, 85 II 136, 89 II 156 (JT 1963 I 613), 94 II 323.

³⁰⁷ ATF 57 II 222 (JT 1931 I 427) ; cf. également : ATF 57 II 613 (JT 1932 I 584), 58 II 61 (JT 1933 I 375), 58 II 274 (JT 1933 I 542), 69 II 180 (JT 1943 I 519), 33 II 636.

³⁰⁸ ATF 43 II 112, 57 II 222 (JT 1931 I 427), 69 II 180 (JT 1943 I 519), 33 II 636.

³⁰⁹ ATF 49 II 140 (JT 1923 I 386).

³¹⁰ ATF 69 II 421 (JT 1944 I 322).

³¹¹ ATF 69 II 180 (JT 1943 I 516).

³¹² Cf. de Mestral, p. 234.

³¹³ ATF 69 II 421 (JT 1944 I 323), où le Tribunal fédéral fait l'historique de sa définition de la combinaison.

³¹⁴ ATF 82 II 253, 85 II 136, 89 II 156 (JT 1963 I 613), 94 II 323.

³¹⁵ Mathély/Plaisant, fasc. VII coté 5 1958 n° 2.

³¹⁶ Cf. n. 271, 272 et 273.

³¹⁷ Roubier, t. II n° 143 ; arrêts cités par Mathély/Plaisant, fasc. VII coté 5 1958 n° 4 et Mathély, Ann. 1957 p. 15 ss.

³¹⁸ Ann. 1957 p. 15.

³¹⁹ Weinstein, p. 17 ; cf. également Roubier, t. II p. 133 ss ; Casalonga, t. I p. 116 ; Mathély, Ann. 1957 p. 19 ; Mathély/Plaisant, fasc. VII coté 5 1958 n° 12 et citations ; Casalonga, Traité de la Brevetabilité, n° 226 ; Valancogne, t. I n° 437 p. 210.

de la combinaison soient connus isolément : l'examen de la nouveauté porte bien entendu sur leur agencement ³²⁰. La juxtaposition non brevetable est opposée à la combinaison. La jurisprudence a parfois exigé que le résultat de la combinaison soit supérieur à la somme des résultats isolés procurés par chaque élément constitutif ³²¹. La doctrine et la jurisprudence dominantes n'ont toutefois pas retenu cette théorie ³²². D'autre part, il est fréquent que la jurisprudence exige que les éléments réagissent les uns sur les autres ³²³. Cette théorie de la réciprocité est également combattue ³²⁴.

En définitive, l'invention de combinaison est envisagée en France de la même manière qu'en Suisse.

5. La classification des inventions et l'unité de l'invention

a) *Généralités* : La solution d'un même problème général donne souvent lieu à des inventions diverses. Faut-il que chacune soit couverte par un brevet ; ou plusieurs inventions (par exemple un procédé et un produit) peuvent-elles être protégées par un même brevet ?

b) *Droit suisse* : Un même brevet peut contenir plusieurs revendications, mais au plus quatre (art. 52) ; la revendication elle-même doit être limitée à une invention : un procédé ou un produit, ou l'application d'un procédé ou d'un produit (ou encore un moyen pour la mise en œuvre d'un procédé, ou un dispositif). Cependant, les quatre revendications doivent se rapporter à un même objet : procédé ou produit (ou dispositif : cf. art. 52).

L'unité de l'invention proprement dite s'entend donc du contenu de la revendication : ici, la classification en produits et procédés est importante. Mais, d'autre part, le brevet doit se rapporter à un seul objet, et non pas à une seule invention ³²⁵. Notons que la prescription de l'unité de l'invention est une prescription d'ordre ; il incombe au Bureau fédéral de la propriété intellectuelle d'examiner si cette unité est respectée (art. 59) ; s'il laisse breveter une invention complexe sans intervenir, la revendication couvre plusieurs inventions (ou le brevet plusieurs objets) et le brevet est valable : la complexité ne figure pas parmi les causes de nullité citées par l'article 26 ³²⁶.

c) *Droit français*

aa) *Loi du 5 juillet 1844* : Selon l'art. 6 de la loi du 5 juillet 1844, la demande doit être limitée à un seul objet principal, avec les objets de détail qui le constituent et les applications qui en auront été indiquées. Il n'est pas question de l'unité de l'invention, mais de l'unité de l'objet du brevet. Comme l'ancienne loi ne connaît pas la revendication, l'unité ne peut avoir trait qu'au brevet. Si la demande contient plusieurs produits ou plusieurs procédés indépendants, il y a complexité ³²⁷. Par contre, la demande n'est pas complexe lorsqu'elle porte, par exemple, à la fois sur un procédé et sur les produits qui en résultent ³²⁸.

³²⁰ Mathély/Plaisant, fasc. VII coté 5 1958 n° 19.

³²¹ Paris 13 oct. 1910, Ann. 1915-19 p. 59 ; Trib. civ. Seine 12 janv. 1938, Ann. 1940-48 fasc. 3 ; Caen, 22 avril 1953, Ann. 1955 p. 75 ; Valancogne, t. I n° 432 ss p. 208 ss.

³²² Cf. Mathély/Plaisant, fasc. VII coté 5 1958, *passim*, et citations, notamment n° 24 ss ; Valancogne, *op. cit.* t. I n° 436 p. 209 ; Cass. crim. 25 mai 1897, Ann. 1897 p. 332 (polygreffe). Roubier, t. II p. 139.

³²³ Cf. Mathély/Plaisant, fasc. VII coté 5 1958 n° 10 ss ; Mathély, Ann. 1957 p. 19 ss.

³²⁴ Mathély/Plaisant, *loc. cit.* n° 12 ; Mathély, *op. cit.* ; Fernand-Jacq, PI 1952 p. 52 ; Casalonga, t. I n° 164 ss, notamment n° 168 ; Roubier, t. II p. 137.

³²⁵ Blum/Pedrazzini, art. 50 rem. 6 t. III p. 66, et art. 52 rem. 1 t. III p. 211, rem. 2 p. 214.

³²⁶ Blum/Pedrazzini, art. 26 rem. 14 t. II p. 156 et art. 27 rem. 1 t. II p. 223.

³²⁷ Paris 30 juin 1868, Ann. 1869 p. 272 ; Conseil d'Etat 12 août 1879, Ann. 1881 p. 203.

³²⁸ Paris 30 janv. 1855, et Cass. 4 mai 1855, Ann. 1855 p. 13.

On voit que la distinction entre produit et procédé est sans grande importance ici : le brevet peut couvrir plusieurs inventions, à condition qu'elles se rattachent à un même objet. Mais le nombre n'en est pas fixé rigoureusement comme dans la loi suisse.

Le brevet complexe délivré est valable ³²⁹ : il s'agit là aussi d'une prescription de forme : le breveté ne doit pas souffrir d'une inattention de l'Institut National de la Propriété Industrielle qui est chargé d'examiner la demande. Lorsque le brevet décrit plusieurs inventions, toutes sont protégées ³³⁰.

bb) *Loi du 2 janvier 1968* : L'art. 14 de la loi nouvelle reprend la règle de l'ancien art. 6 : un brevet ne peut être délivré que pour une invention unique ou pour un groupe d'inventions reliées entre elles de façon à former une unité. La loi nouvelle innove en introduisant les revendications. Apparemment, le nombre de celles-ci n'est pas limité : seule importe l'unité de l'objet du brevet, comme sous l'ancien droit. Il est vrai que l'art. 9 du décret d'application 68-1100 du 5 décembre 1968 ³³¹ restreint les possibilités dans une large mesure et d'une manière analogue à celle de la loi suisse : une même demande de brevet peut contenir « des revendications pour un produit, une application de ce produit, un procédé de fabrication dudit produit et les moyens spécialement destinés à la mise en œuvre de ce procédé ». Deux revendications portant chacune sur un produit différent ne devront donc pas figurer dans un même brevet ; de même, il est interdit de revendiquer plusieurs applications ou procédés de fabrication du produit breveté. Seuls les moyens destinés à la mise en œuvre de ces procédés de fabrication peuvent être en nombre illimité. En raison de la latitude laissée au breveté sur ce dernier point, le nombre total des revendications incluses dans une même demande est toutefois théoriquement sans borne : la restriction de l'art. 9 est donc moins précise que celle du droit suisse.

Si la loi française interdit de revendiquer plusieurs produits ou procédés dans un même brevet, elle ne s'oppose apparemment pas à l'inclusion dans une même revendication de plusieurs inventions, par exemple d'un produit et d'un procédé ³³². Cette possibilité est expressément exclue par la loi suisse.

Quant à la validité du brevet octroyé malgré l'absence d'unité de l'invention, la loi nouvelle n'a apporté aucune modification par rapport au régime antérieur ³³³.

³²⁹ Mathély/Plaisant, fasc. XVI coté 11 1957 n^{os} 15 et 17.

³³⁰ Trib. civ. Seine 7 janv. 1955, Ann. 1957 p. 37.

³³¹ JO 7 et 29 déc. 1968.

³³² Cf. Henriquez, PI 1970 p. 197.

³³³ R. Plaisant, Juris-Classeur commercial Annexes Brevets d'Invention fasc. XV coté 5 1969, n^o 72.

IV LES INVENTIONS EXCLUES DE LA PROTECTION

1. Les inventions contraires à la loi ou aux bonnes mœurs

La loi suisse (art. 2) et les lois françaises (art. 30 L. 5 juillet 1844 et 11 L. 2 janvier 1968) excluent de la protection les inventions contraires à la loi ou aux bonnes mœurs.

Depuis la conférence de Lisbonne, en 1958, l'art. 4 *quater* de la Convention d'Union a fortement atténué l'interdiction frappant les inventions contraires à la loi. Selon cette disposition, « la délivrance d'un brevet ne pourra être refusée et un brevet ne pourra être invalidé pour le motif que la vente du produit breveté est soumise à des restrictions ou limitations résultant de la législation nationale ». Cette restriction a été introduite dans l'art. 11 de la loi française de 1968.

Il est donc possible de faire breveter un produit, ou un procédé pour l'obtention d'un produit dont la vente est interdite en raison de la loi nationale. Les nationaux peuvent en effet invoquer les clauses de la Convention d'Union qui leur sont plus favorables que la législation nationale ³³⁴.

Notons que si une loi interdit la fabrication d'un produit, il n'est apparemment pas contraire à l'art. 4 *quater* de la Convention de Paris de l'exclure de la protection. Cet article parle seulement de l'interdiction restreignant la vente, et non la fabrication. Cependant, le plus souvent, l'exploitation est interdite et non la fabrication seule.

En définitive, l'exclusion frappe uniquement les inventions contraires aux bonnes mœurs. Seule est considérée comme contraire aux bonnes mœurs l'invention qui ne peut servir à un but conforme aux mœurs. Il faut que la seule utilisation possible soit immorale ³³⁵. Ainsi, on ne peut interdire de breveter une scie mécanique sous prétexte qu'elle peut servir à couper les gens en morceaux. Les inventions contraires aux mœurs sont donc assez rares en réalité : il est toujours possible de trouver une utilisation secondaire qui ne soit pas interdite.

Pouillet cite, par exemple, l'invention d'une ceinture de chasteté ³³⁶, Moureaux/Weismann ³³⁷, un procédé de conservation du vin au moyen de produits nuisibles à la santé publique, Roubier ³³⁸, un appareil destiné à l'exploitation d'un jeu de hasard ³³⁹, Casalonga, un préservatif ³⁴⁰. La doctrine suisse admet également que les nouveautés destinées à tromper le public ou nuisibles sont contraires aux mœurs ³⁴¹.

³³⁴ Art. 16 LBI ; ATF 97 I 572 ; loi française du 4 avr. 1931 rendant applicables aux Français en France, les dispositions des conventions internationales qui seraient plus favorables que celles de la loi interne pour protéger les droits dérivant de la propriété industrielle (JO 5 avr. 1931).

³³⁵ Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 3 t. I p. 199 ; ATF 97 I 571 ; Moureaux/Weismann, n° 59.

³³⁶ Pouillet, n° 81^{ter} ; Moureaux/Weismann, *ibid*.

³³⁷ Moureaux/Weismann, *ibid*.

³³⁸ Roubier, t. II p. 102.

³³⁹ Voir également Casalonga, t. I n° 216.

³⁴⁰ Casalonga, *ibid*. ; cf. également Moureaux/Weismann, n° 49.

³⁴¹ Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 6 t. I p. 204 ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 243 ; de Mestral, p. 256.

2. Les autres inventions exclues de la protection

a) Droit suisse ³⁴²

aa) *Les inventions de remèdes*: L'art. 2, ch. 2 de la loi suisse exclut de la brevetabilité les inventions de remèdes. La santé publique doit pouvoir bénéficier immédiatement et sans entraves des remèdes nouveaux. Le législateur a considéré qu'il serait dangereux qu'un inventeur possède le monopole de la fabrication et de la vente d'un remède dont la santé et peut-être la vie de nombreuses personnes pourraient dépendre ³⁴³. Cette raison n'est guère convaincante : on peut aussi bien faire valoir que le brevet encourage la recherche médicale ³⁴⁴.

Sous la dénomination de remède au sens large, on pourrait inclure aussi bien les inventions de produits pharmaceutiques destinés à être absorbés par le corps, que tous les moyens capables d'améliorer la santé ou de la maintenir. Le remède pourrait consister alors en certaines nourritures (le pain complet, par exemple, est excellent pour la santé), dans des objets mécaniques (les poubelles servent à l'hygiène publique et évitent bien des maladies), des chaussures orthopédiques, des alcools (l'alcool désinfecte), des savons, etc. Avec un peu d'ingéniosité, on peut trouver un emploi médical à n'importe quel objet ³⁴⁵.

Aussi une définition plus étroite du remède s'impose-t-elle, qui corresponde à l'usage habituel du terme et reflète l'intention du législateur (et non, comme le dit Kohler ³⁴⁶, cité par Blum/Pedrazzini ³⁴⁷, parce que l'exclusion des remèdes est une exception, et que toute exception doit être interprétée restrictivement : on pourrait tout aussi bien dire que le monopole accordé à l'inventeur et garanti par l'Etat est une exception à la liberté du commerce et de l'industrie, que par conséquent la loi sur les brevets est une exception, et qu'il faut interpréter extensivement l'exception à l'exception, parce qu'elle est en accord avec le principe général).

Blum/Pedrazzini proposent ³⁴⁸ que les tribunaux suisses se conforment à la pratique allemande, qui considère comme remède les substances curatives qui s'appliquent directement aux malades. Les remèdes se réduisent alors aux substances et aux mélanges de substances, absorbés par l'organisme humain ou animal, et destinés à combattre une atteinte à la santé. Le Tribunal fédéral admet cette interprétation ³⁴⁹.

D'après cette définition ³⁵⁰, seuls les moyens destinés à un traitement médical direct sont des remèdes ; ce n'est pas le cas du savon, qui n'est pas destiné à un traitement médical, quoiqu'il puisse y servir, et qui n'est pas consommé par l'organisme. Les moyens en question doivent prévenir ou soigner des maladies ou des lésions : les manifestations naturelles, comme les rides, si désagréables soient-elles, ne sont pas des maladies : un cosmétique n'est donc pas un remède. Comme

³⁴² La Convention de Strasbourg du 27 nov. 1963, dont les dispositions sont reprises dans le projet de Convention instituant un système européen de délivrance de brevets, prévoit que les inventions de substances chimiques, de produits alimentaires et pharmaceutiques, actuellement exclus par la loi suisse, devront être protégés ; une période transitoire de dix ans dès la ratification est cependant réservée pour les produits alimentaires et pharmaceutiques et les procédés agricoles ou horticoles qui ne sont pas essentiellement biologiques. Cf. *infra*, p. 82.

³⁴³ ATF 92 I 220 (JT 1965 I 629) ; Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 8 t. I p. 207 ; de Mestral, p. 256.

³⁴⁴ Blum/Pedrazzini, *ibid.* ; de Mestral, *ibid.* ; Walleser, p. 108.

³⁴⁵ Cf. Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 9 t. I p. 208.

³⁴⁶ Kohler, Handbuch, p. 173.

³⁴⁷ Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 9 t. I p. 210.

³⁴⁸ Blum/Pedrazzini, *ibid.*

³⁴⁹ ATF 82 I 205.

³⁵⁰ Les exemples qui suivent sont tirés de Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 9 t. I p. 210 ss. Cf. également Troller, t. I (éd. 1968) p. 244-245 ; Dürr, art. 2 p. 21 ss ; de Mestral, p. 256 ss ; Steffen, p. 112 ss.

le remède doit être assimilé par le corps, les moyens extérieurs destinés à soigner une maladie ou une lésion ne sont pas considérés comme des remèdes : peuvent être brevetés, par exemple, le plâtre, les bandes, etc. Les moyens destinés à soutenir directement le traitement sont en revanche exclus de la protection : narcotiques, antiseptiques, etc.

Les moyens destinés au diagnostic ne sont pas considérés comme des remèdes, puisqu'ils servent à dépister la maladie ou la lésion, et non à la soigner directement.

Par conséquent, sont brevetables les radio-isotopes et les procédés de radiographie, moyens de diagnostic.

Cependant, des radio-isotopes introduits dans le corps, non pas dans le but d'aider au diagnostic, mais dans celui, par exemple, de détruire une tumeur, seraient des remèdes, et leur utilisation comme tels ne seraient pas brevetable.

Les moyens prophylactiques, étant destinés à la prévention des maladies, entrent dans la définition du remède ; il en va de même des vaccins et sérums.

Les moyens destinés à interrompre la grossesse sont des remèdes, car ils sont prescrits en principe par le médecin. Mais un moyen destiné à l'avortement des animaux, dans un but d'élevage, ne peut être considéré comme un remède.

Les antiseptiques sont des remèdes si le corps les absorbe ; il n'en va pas de même de ceux destinés à désinfecter les instruments médicaux. Les moyens auxiliaires comme le plasma sanguin ou les anesthésiques sont des remèdes, car ils aident directement au traitement médical.

Les dentiers, prothèses, plombages, lunettes, etc. qui, quoique rattachés au corps, ne sont pas consommés par celui-ci, sont brevetables.

bb) *Les inventions de procédés non chimiques pour la fabrication de remèdes*:³⁵¹ L'exception frappant les remèdes n'est pas sans danger. Si elle interdit la monopolisation d'une substance médicamenteuse et protège par là le public contre la fixation arbitraire des prix, elle amoindrit aussi l'intérêt qu'il peut y avoir dans la recherche de médicaments nouveaux, et agit ainsi défavorablement, en définitive, sur la santé publique. Une exclusion totale de la brevetabilité, frappant aussi bien les procédés de fabrication que les produits pharmaceutiques eux-mêmes, aurait conduit les industries chimiques à négliger les recherches dans ce domaine³⁵². Aussi admit-on, dès 1907, la protection des procédés chimiques pour la fabrication de remèdes. C'était là une mesure tout opportuniste et qu'on ne saurait justifier par des arguments juridiques. En effet, la plus grande partie des médicaments est fabriquée par des procédés chimiques³⁵³.

Les autres procédés cependant restent exclus. En 1950, on avait voulu réduire encore le champ de cette interdiction : le premier avant-projet admettait aussi la protection des procédés physico-analytiques. Seuls demeuraient exclus les procédés de mélange, considérés comme manquant forcément d'idée créatrice. Cette version demeura dans les avant-projets 2 et 3. Mais elle se heurta à l'opposition de l'association des caisses-maladie. Le Conseil fédéral a admis les arguments présentés par le représentant de cette association, malgré deux décisions en sens contraire de la commission d'experts : si la brevetabilité des procédés physico-analytiques était admise, le prix des remèdes hausserait encore. L'exemple de la pénicilline le montrait bien, dont le prix pour 200 000 unités ne serait certainement pas descendu

³⁵¹ Rappelons que ces inventions devront être protégées au plus tard dix ans après la ratification de la Convention de Strasbourg ou de la Convention instituant un système européen de délivrance de brevets. Cf. *infra*, p. 82.

³⁵² Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 11 t. I p. 219 ; Bull. stén. CE 1906 p. 1482.

³⁵³ Pointet, p. 40 ; de Mestral, p. 259.

de 30 francs en 1946 à 3 fr. 65 en 1948. « Etant donné les conséquences financières qui pourraient résulter, il convient donc d'exclure de la protection, comme auparavant, les procédés physico-analytiques. D'ailleurs, ceux mêmes qui ont demandé leur protection ont déclaré dans la suite qu'ils ne s'opposeraient pas au maintien du statu quo. »³⁵⁴ Le Conseil fédéral proposa aux Chambres une loi qui protégeait uniquement les procédés chimiques pour l'obtention de remèdes. La solution ancienne est donc demeurée, ce qui est regrettable³⁵⁵.

Que faut-il entendre par procédé de « fabrication » ? Ce terme englobe-t-il les procédés utilisant des matières premières où la substance du remède existe déjà telle quelle, ou ne concerne-t-il que les procédés qui créent cette substance active à partir de matières qui ne la contiennent pas en elles-mêmes, mais n'en possèdent que les constituants ?

Graf³⁵⁶ et Steffen³⁵⁷ admettent la présence du procédé chimique de fabrication seulement si le résultat du procédé se distingue nettement de la matière première. Aussi, selon cette théorie, il n'y a pas de norme générale satisfaisante, et il faut décider de cas en cas³⁵⁸.

Selon Blum/Pedrazzini³⁵⁹, la fabrication comprend aussi les procédés de raffinage, d'extraction de substances, etc. La question n'est pas de savoir si la substance active existe déjà au départ. En effet, il n'y a de remède que si celui-ci est prêt à remplir son rôle. Une substance incapable de guérir, sous une certaine forme, ne pourrait pas être considérée comme un médicament, sous cette forme. Si la substance ne devient utilisable qu'après purification, alors le procédé utilisé est un procédé de fabrication, puisque, sans lui, il n'y aurait pas de remède. Le Département de justice et police a jugé ainsi qu'un procédé pour l'extraction de la lécithine des légumes était un procédé de fabrication de remède³⁶⁰.

Il faudrait donc, pour qu'il y ait fabrication, que la matière première soit inutilisable en tant que médicament, mais que, par contre, le produit final puisse être administré comme tel, et cela grâce au procédé considéré.

Les procédés destinés à la transformation des remèdes, à les présenter sous une forme plus pratique, peuvent-ils être tenus pour des procédés de fabrication ? Blum/Pedrazzini³⁶¹ s'élèvent contre une décision du Bureau fédéral, selon laquelle un procédé de fabrication de substances médicinales pouvait aussi se présenter sous la forme d'un procédé destiné à donner à ces substances une configuration adéquate à leur administration. Le Bureau fédéral considère que l'art. 2 ch. 2 doit être entendu au sens large. Ainsi, un procédé de fabrication de capsules remplies d'une substance pharmaceutique constituait, selon lui, un procédé de fabrication de remède. Le Bureau ajoutait qu'il en eût été tout autrement s'il s'était agi d'un « procédé pour la fabrication de capsules, destinées à contenir des remèdes ». Blum/Pedrazzini font valoir que, selon cette distinction, la brevetabilité dépendrait du moment où l'on introduit le remède dans la capsule, ce qui est absurde. Selon ces auteurs, le procédé de fabrication doit être « causal » : autrement dit, il n'y a procédé de fabrication que si celui-ci est indispensable à l'existence du remède. Un moyen destiné à lui donner une forme plus pratique n'est pas un procédé de fabrication.

³⁵⁴ Message du CF du 25 avr. 1950, FF 1950 I p. 962.

³⁵⁵ Cf. Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 11 t. I p. 219, qui font l'historique de cette disposition.

³⁵⁶ Graf, p. 42.

³⁵⁷ Steffen, p. 116.

³⁵⁸ Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 13 t. I p. 221.

³⁵⁹ Blum/Pedrazzini, *ibid.*

³⁶⁰ Graf, p. 42 ; Blum/Pedrazzini, *ibid.*

³⁶¹ Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 13 t. I p. 222.

Quoique brillamment défendue par ses auteurs, cette théorie n'a pas rencontré l'approbation du Bureau fédéral, ni du Tribunal fédéral. Un jugement de la première cour civile du Tribunal fédéral ³⁶² du 6 avril 1965 confirme ³⁶³ le principe selon lequel la notion de procédé de fabrication de remède inclut tout procédé qui conduit à une modification essentielle de la substance quant à son effet médicinal ou à son administration : « La pratique du Bureau jusqu'à ce jour paraît donc contestable, qui ne traitait pas comme procédés pour la fabrication de remèdes les purs procédés de stabilisation et de conservation. » Le Bureau fédéral a donc appliqué pendant un temps la doctrine préconisée par Blum/Pedrazzini. Cependant, depuis longtemps, le Tribunal fédéral a consacré ³⁶⁴ l'interprétation extensive de l'art. 2 ch. 2 : « Le but de la loi, souvent critiqué (cf. Blum/Pedrazzini, I p. 206 rem. 8 et les références), interdit une interprétation restrictive de cette disposition. Selon le message du Conseil fédéral du 25 avril 1950, on a voulu, dans l'intérêt général et pour assurer la santé de chacun, éviter qu'une partie importante de la population ne dispose pas des remèdes indispensables ou ne puisse se les procurer qu'à des prix prohibitifs. »

« Constitue une fabrication au sens de l'art. 2 ch. 2 LBI toute modification du produit de base (même si celui-ci présente déjà les propriétés d'un remède) qui se révèle essentielle pour l'efficacité curative ou l'application médicale, ou pour une autre raison. La stérilisation par la chaleur de certaines solutions vitaminées rend inoffensives les injections : c'est une « fabrication ». » ³⁶⁵

En vertu de cette définition, il semble que la mise en capsule d'un remède constitue une modification essentielle ³⁶⁶.

Quoi qu'il en soit, le Tribunal fédéral a rejeté l'interprétation restrictive de l'art. 2 ch. 2 LBI. Nous avons du reste observé que l'argumentation de Blum/Pedrazzini n'était pas convaincante, selon laquelle il faudrait appliquer restrictivement l'art. 2 ch. 2, parce qu'il s'agit d'une exception. Le but de la loi est certes critiquable mais on ne saurait en faire abstraction.

Par conséquent, selon la jurisprudence actuelle, les inventions de procédés pour la conservation et la stérilisation de remèdes doivent être assimilées aux procédés de fabrication ³⁶⁷.

La définition de la fabrication étant acquise, quelle est celle du « procédé non chimique » ?

La définition du procédé non chimique résulte *a contrario* de celle du procédé chimique.

Dans le procédé chimique, les molécules ou des éléments constitutifs de celles-ci subissent un changement durable ou passager ³⁶⁸. Les procédés non chimiques, c'est-à-dire physiques, sont donc des opérations au cours desquelles les atomes ou molécules, ou des éléments constitutifs de ceux-ci, sont influencés uniquement dans leur état énergétique ou d'agrégation, sans changement durable ou passager de leurs propriétés chimiques ³⁶⁹.

Cette définition s'accorde avec le message du Conseil fédéral du 25 avril 1950 ³⁷⁰ : « Comme jusqu'ici, il faudra donc veiller, en appliquant la loi, à ce que

³⁶² RSPI 1965 p. 241 et PMMBI 1965 I p. 39.

³⁶³ Voir déjà ATF 82 I 206 (JT 1957 I 555).

³⁶⁴ ATF 82 I 206 (JT 1957 I 555).

³⁶⁵ ATF 91 I 219 (JT 1965 I 629).

³⁶⁶ Cf. ATF 82 I 206, 89 II 169.

³⁶⁷ RSPI 1966 p. 133 ; PMMBI 1966 I p. 14.

³⁶⁸ Voir Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 14 t. I p. 224.

³⁶⁹ Steffen, p. 45 ; Blum/Pedrazzini, *ibid.*

³⁷⁰ Message du CF du 25 avr. 1950, FF 1950 I p. 963.

l'extraction, la dialyse, la distillation, l'adsorption, la chromatographie et autres opérations de ce genre ne soient pas tenues pour des opérations chimiques, à moins que des circonstances spéciales ne le permettent. »

Ainsi, sont des procédés physiques, par exemple, les mélanges, les cristallisations, distillations, sublimations, liquéfactions, craquages, sédimentations, centrifugations, dialyses, fabrication d'émulsions et de solutions colloïdales, etc. Le Conseil fédéral avait en vue surtout les procédés physico-analytiques utilisés notamment dans l'extraction de substances très sensibles, comme les hormones, les vitamines, les parties de plantes, des glandes d'animaux, etc. ³⁷¹.

Cependant, il est parfois difficile de distinguer entre procédé physique et procédé chimique. Il y a en effet des cas où des procédés considérés habituellement comme physiques entraînent des réactions chimiques. Dans des cas pareils, étant donné qu'il y a transformation de molécules, conformément à la définition donnée ci-dessus, il faut admettre la présence d'un procédé chimique.

S'appuyant sur Graf ³⁷², Blum/Pedrazzini ³⁷³ admettent d'autre part que, l'exclusion de l'art. 2 étant une exception, il convient de l'interpréter restrictivement : il faut donc admettre la présence d'un procédé chimique chaque fois qu'il y a doute. Nous avons déjà vu que cette règle d'interprétation n'était pas péremptoire. En outre, une telle extension risquerait d'entraîner une très large interprétation de la notion de substance chimique; celle-ci n'étant pas brevetable, cette interprétation irait à fin contraire.

Il faut considérer un procédé comme chimique dès qu'il contient un processus chimique (transformation de liaisons entre molécules, atomes et particules élémentaires) indispensable à l'obtention du produit final ³⁷⁴. En effet, si le processus chimique est seulement accessoire, on ne saurait attribuer le caractère chimique de cette partie secondaire à tout le procédé auquel elle s'ajoute.

Le Conseil fédéral, dans son message de 1950 ³⁷⁵ rappelle qu'il ne faudra pas tenir pour chimiques des opérations considérées comme physiques (distillation, adsorption, etc.), à « moins que des circonstances spéciales ne le permettent ».

Selon Blum/Pedrazzini ³⁷⁶, ces circonstances particulières peuvent être, semble-t-il, extrêmement peu importantes, mais justifier néanmoins l'attribution du caractère chimique au procédé entier, en raison de l'interprétation restrictive de l'exception.

Tel n'est pas l'avis du Tribunal fédéral, exprimé dans l'arrêt Knoll ³⁷⁷ : « Pour que le procédé doive être considéré comme chimique, il faut qu'il comporte une ou plusieurs réactions chimiques qui influencent favorablement la fabrication ou le conditionnement du produit final considéré comme remède... En revanche, le procédé ne devient pas chimique du seul fait qu'il se produit, en cours de fabrication, des réactions chimiques n'ayant aucune influence favorable sur le produit final, qu'elles soient nuisibles ou simplement superflues ». Il faut donc, comme nous l'avons vu, que le processus chimique soit indispensable à la fabrication du remède. D'après cette définition, il suffit d'un processus chimique indispensable, à l'intérieur du procédé de fabrication, pour que l'on reconnaisse le caractère chimique du procédé.

³⁷¹ Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 14 t. I p. 224.

³⁷² Graf, p. 44.

³⁷³ Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 14 t. I p. 225.

³⁷⁴ Cf. Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 14 t. I p. 224 et 225-226.

³⁷⁵ Message du CF du 25 avr. 1950, FF 1950 I p. 963.

³⁷⁶ Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 14 t. I p. 225.

³⁷⁷ ATF 82 I 203 (JT 1957 I 555).

Mais qu'est-ce qu'un processus chimique ?

Dans le même arrêt, le Tribunal fédéral décide que, « pour juger si un phénomène est chimique, il ne faut pas se fonder sur les dernières découvertes de la science, qui permettent de mettre en doute la distinction entre la physique et la chimie ». On doit partir de la notion traditionnelle du procédé chimique, telle que l'avait le législateur de 1907 et de 1954. « Or on entend par là tout procédé qui provoque une modification dans la composition des molécules. »

Blum/Pedrazzini ³⁷⁸ font observer que la notion de procédé chimique qu'avait le législateur est bien difficile à reconstituer, si tant est qu'il en avait une, et que, d'autre part, dans l'exposé qu'il fait de cette notion traditionnelle du procédé chimique, le Tribunal fédéral ne mentionne pas les changements dans la composition des atomes et autres particules qui les composent.

Enfin et surtout, ces auteurs reprochent au Tribunal fédéral de juger selon des critères figés, fixés une fois pour toutes, des faits qui sont soumis à une loi destinée à encourager le progrès ³⁷⁹.

Ces critiques nous paraissent reposer sur un malentendu. La référence du Tribunal fédéral à la notion traditionnelle de procédé chimique n'exclut pas en principe les inventions portant sur des changements dans la composition des particules plus petites que les molécules. Aussi, Blum/Pedrazzini admettent à juste titre que les procédés de fission ou de fusion du noyau atomique constituent des procédés chimiques, puisqu'ils entraînent un changement de substance ³⁸⁰.

L'art. 54 LBI qui étend aux procédés nucléaires l'application de l'art. 53 (concernant la portée du brevet de procédé chimique), justifie pleinement cette interprétation ³⁸¹. Déjà Kohler disait que la disposition des atomes relevait de la chimie ³⁸². D'autre part, la jurisprudence du Tribunal fédéral ne nous paraît pas impliquer nécessairement que l'état de la technique déterminant devrait être celui de 1907 ou 1950, comme le soutiennent Blum/Pedrazzini ³⁸³. La « notion traditionnelle » de procédé chimique ne peut pas s'entendre de l'idée qu'avait le législateur sur la nature de chaque procédé en particulier ; l'exclusion de la brevetabilité s'applique en effet, par définition, à des procédés inconnus du législateur, faute de quoi il n'aurait pas été nécessaire de les exclure de la brevetabilité, l'absence de nouveauté étant suffisante à cet égard. La notion traditionnelle du procédé chimique consiste donc dans la représentation générale des qualités communes à tous les procédés chimiques, et non dans l'idée de la présence de ces qualités dans tel ou tel cas concret. Selon la définition du Tribunal fédéral, « on entend par là tout procédé qui provoque une modification dans la composition des molécules (cf. FF 1950 I p. 962 et 963) » ³⁸⁴. Blum/Pedrazzini ³⁸⁵ admettent qu'il faut ranger parmi les procédés chimiques les moyens considérés en général comme physiques lors de la rédaction de la loi si les progrès de la science font ressortir par la suite le caractère chimique du processus. Cette position ne nous paraît contredire en rien la définition du Tribunal fédéral : si les dernières données de la science peuvent permettre de classer d'une manière nouvelle un phénomène connu, il ne s'ensuit pas nécessairement que la définition de la classe dans laquelle on doit le ranger soit dépassée.

³⁷⁸ Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 14 t. I p. 225 et rem. 24 p. 253.

³⁷⁹ Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 24 t. I p. 253.

³⁸⁰ Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 21 t. I p. 239-240.

³⁸¹ Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 21 t. I p. 240 ; Martin-Achard, FJS n° 521 p. 3.

³⁸² Kohler, Handbuch, p. 87, cité par Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 21 t. I p. 239.

³⁸³ Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 14 et 24 t. I p. 225 et 253.

³⁸⁴ ATF 82 I 203 (JT 1957 I 556) ; cf. également ATF 91 I 219 (JT 1965 I 629).

³⁸⁵ Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 24 t. I p. 255 et rem. 14 p. 226.

Rappelons que, dans un arrêt récent ³⁸⁶, le Tribunal fédéral a réaffirmé les principes posés dans l'arrêt Knoll : il faut juger de la nature chimique du procédé selon la notion traditionnelle.

cc) *Les inventions d'aliments, de denrées fourragères et de boissons*: ³⁸⁷ Le ch. 3 de l'art. 2 LBI interdit de breveter les « inventions d'aliments, de denrées fourragères et de boissons ». Le législateur craignait la création de monopoles dans le domaine de l'alimentation entraînant une fixation arbitraire des prix que la population eût difficilement supportée ³⁸⁸.

Contrairement à ce qui en est des remèdes, tous les procédés de fabrication sont brevetables, y compris les mélanges. Cette protection des procédés de fabrication des aliments est justifiée par le Conseil fédéral dans les termes suivants : « En cas de maladie, il arrive souvent que l'on ne puisse se passer d'un nouveau remède déterminé. En revanche, l'expérience a montré que l'on peut se nourrir convenablement sans user des produits les plus récents paraissant sur le marché. Les raisons qui, en matière de remèdes, obligent d'exclure de la protection certains procédés de fabrication ne s'imposent donc pas avec la même force. » ³⁸⁹

La raison de l'exception frappant les aliments n'est pas convaincante : le Conseil fédéral lui-même donne des arguments en faveur de la brevetabilité des aliments quand il dit que l'on peut se nourrir convenablement sans user des produits les plus récents qui paraissent sur le marché. L'exception ne peut donc s'expliquer que pour des raisons historiques : nous sommes en présence d'une tradition ³⁹⁰.

Le procédé de fabrication est brevetable, même le procédé de mélange. On a fait valoir, contre ce dernier, qu'il s'agissait là d'un moyen de tourner l'interdiction du brevet portant sur une substance. Selon le Conseil fédéral ³⁹¹, « cette objection n'a d'importance que dans le cas où le mélange ne peut être obtenu autrement que par le procédé breveté (lorsque, par exemple, un procédé serait « caractérisé en ce que les produits A et B sont mélangés » sans que la façon dont s'opère le mélange fût précisée) ». Le brevet pourrait être refusé, en pareil cas, « pour la raison qu'une telle revendication tendrait à éluder l'interdiction de protéger la substance ». Il sera du reste toujours possible d'ordonner l'expropriation du brevet selon l'art. 32 LBI si le monopole accordé à un procédé de fabrication va à l'encontre de l'intérêt public ³⁹².

Pour définir l'aliment, on peut se fonder sur l'art. 2 de l'ordonnance du 26 mai 1936 sur le commerce des denrées alimentaires, dans son texte du 3 novembre 1967 ³⁹³ :

Il faut entendre par denrées, objets usuels et biens de consommation au sens de la présente ordonnance :

³⁸⁶ ATF 91 I 219 (JT 1965 I 629).

³⁸⁷ Cf. *supra*, n. 351 et 342 ; *infra*, p. 82.

³⁸⁸ Cf. Bull. stén. CE 1906 p. 1462 ; Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 15 t. I p. 227 ; ATF 97 I 568.

³⁸⁹ Message du CF du 25 avr. 1950, FF 1950 I p. 964. Notons que, si la protection des procédés de fabrication de remèdes avait pour conséquence une hausse prohibitive des prix, il ne faudrait pas interdire la brevetabilité des procédés physiques, mais celle des procédés chimiques, qui sont à l'origine de la plus grande partie des médicaments existants.

³⁹⁰ Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 15 t. I p. 227.

³⁹¹ Message du CF du 25 avr. 1950, FF 1950 I p. 964 ; ATF 97 I 569.

³⁹² Message du CF du 25 avr. 1950, *ibid.* ; critique de cette interdiction : Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 19 t. I p. 233.

³⁹³ ROLF 1967 p. 1571 ; Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 16 t. I p. 228 ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 248 ; de Mestral, p. 265 ; ATF 97 I 569.

- 1^o Les denrées alimentaires en général, soit les substances ou produits solides ou liquides d'origine animale, végétale ou minérale, bruts ou soumis à certaines manipulations, qui se distinguent par leur teneur en substances nécessaires à la constitution et à l'entretien de l'organisme humain (eau, albumines, graisses, hydrates de carbone, substances minérales, dans certains cas : vitamines).
- 2^o Les denrées alimentaires spéciales : diététiques, extrait de malt pur, pains spéciaux, levure, etc., denrées enrichies de vitamines.

En droit des brevets, il n'y a pas lieu de distinguer entre les denrées alimentaires en général et les denrées alimentaires spéciales : celle-ci sont aussi des aliments ³⁹⁴.

Constitue un aliment tout ce qui est mangeable, même sous forme brute ³⁹⁵. Par contre, un produit servant à la confection d'un aliment, non comestible en lui-même et tel quel, n'est pas un aliment : gélatine, culture de yaourt, etc. ³⁹⁶.

En droit des brevets, on oppose les « moyens de jouissance » (Genussmittel) que l'on peut décrire, en faisant appel à la même ordonnance, comme étant « des substances et produits qui, sans posséder une valeur nutritive propre, sont soit ajoutés à certaines denrées alimentaires pour en améliorer la saveur ou à titre de stimulant de l'appétit, soit consommés comme tels, soit encore absorbés par l'organisme de toute autre façon » ³⁹⁷. Destinés à flatter les sens, mais pas à nourrir, ces moyens ne sont pas considérés comme des aliments.

La frontière est du reste souvent difficile à déterminer. Ainsi, pour Weidlich/Blum ³⁹⁸, le chocolat était un « Genussmittel » ; ce n'est pas l'avis de la doctrine actuelle, ni surtout celui du Bureau fédéral : le chocolat est bien un aliment au sens de la définition donnée ci-dessus.

D'après la définition admise, les aliments peuvent être aussi bien liquides que solides. Mais la loi exclut de la protection toute boisson en général. Apparemment, il n'y a donc pas lieu de distinguer selon que la boisson est ou non un aliment ³⁹⁹.

La doctrine dominante, appuyée par le Tribunal fédéral ⁴⁰⁰, observe cependant que le législateur a cité les boissons uniquement dans le but de préciser que l'exclusion générale des aliments s'étendait aussi aux aliments liquides. Mais le « Genussmittel » liquide serait brevetable ; cette opinion se fonde sur une explication du rapporteur de la commission du Conseil des Etats, qui, traitant de la différence entre aliments et « Genussmittel », avait dit que la communauté pouvait « facilement vivre tranquillement sans nouvel assaisonnement pour la soupe ni vin sans alcool » ⁴⁰¹ ; le législateur n'aurait donc voulu exclure que les aliments indispensables à la vie.

L'exemple du vin sans alcool nous paraît assez mal choisi : il est notoire que cette boisson possède de grandes vertus nutritives. Sans conteste, le vin sans alcool est un aliment. De plus, si la communauté peut se passer de vin sans alcool, on peut dire aussi bien qu'elle peut se passer de chocolat : or, celui-ci est considéré comme un aliment. Enfin, il n'est guère de boissons qui ne soient pas un aliment ⁴⁰² ; rares sont celles qui « ne possèdent aucune valeur nutritive propre » ; même l'eau en a une ; le corps ne peut s'en passer. On devrait donc considérer toute boisson comme un aliment : le texte de la loi est clair.

³⁹⁴ Blum/Pedrazzini, *ibid.* ; ATF 97 I 569.

³⁹⁵ Blum/Pedrazzini, *ibid.*

³⁹⁶ Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 16 t. I p. 229 ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 248 ; ATF 97 I 564 ss.

³⁹⁷ Blum/Pedrazzini, *ibid.* ; ordonnance du 26 mai 1936, art. 2 ch. 3, ROLF 1967 p. 1572 ; ATF 97 I 570.

³⁹⁸ Weidlich/Blum, art. 2 rem. 8 p. 124.

³⁹⁹ En ce sens : Dürr, art. 2 p. 23.

⁴⁰⁰ Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 17 t. I p. 230 ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 248 ; ATF 97 I 570.

⁴⁰¹ Bull. stén. CE 1906 p. 1462 ; Blum/Pedrazzini, *ibid.*

⁴⁰² Cf. de Mestral, p. 268.

Les denrées fourragères sont également exclues de la protection.

Blum/Pedrazzini ⁴⁰³ définissent les denrées fourragères selon l'art. 2 al. 3 de l'ordonnance sur le commerce des matières auxiliaires de l'agriculture, du 4 février 1955 ⁴⁰⁴, qui dit :

Sont considérés comme aliments des animaux tous les produits ... servant à l'alimentation des animaux employés dans l'agriculture...

Si l'on admet cette définition, les animaux vivant en liberté et non employés dans l'agriculture ne peuvent entrer en ligne de compte : une nourriture destinée aux poissons ou aux oiseaux pourrait par conséquent être brevetée.

Cependant, tous les animaux peuvent faire l'objet d'un élevage. La limite fixée dans la définition admise par Blum/Pedrazzini est assez vague et paraît trop étroite. Il paraîtrait donc préférable d'admettre qu'une denrée fourragère est un aliment destiné à nourrir un animal, quel qu'il soit.

dd) *Les inventions de substances chimiques* ⁴⁰⁵

A. *Généralités* : En matière de brevets comme dans bien d'autres domaines, la loi suisse a toujours été calquée sur la loi allemande. De tout temps, la protection des substances chimiques a donc été exclue ; seuls les brevets portant sur les procédés de fabrication de ces substances sont admis.

Cette exclusion est due à l'influence de Kohler, selon lequel la fabrication des substances chimiques reposait sur des dispositions naturelles des éléments à se réunir, l'homme se bornant à lever les obstacles empêchant cette réunion.

Seules donc pouvaient être brevetées les méthodes destinées à supprimer les obstacles, et non la substance elle-même ⁴⁰⁶. Ce raisonnement n'est évidemment pas convaincant, car il s'applique également à nombre d'inventions mécaniques. Il pourrait d'ailleurs tout au plus justifier l'interdiction de la brevetabilité des procédés, mais non des substances ⁴⁰⁷.

La majorité des Etats accordent actuellement la protection aux inventions de substances chimiques. En effet, « il n'est guère possible à coup d'arguments d'ordre théorique, de justifier le régime d'exception appliqué aux substances chimiques » ⁴⁰⁸.

La grande étendue de la protection liée aux brevets couvrant une substance a fourni au Conseil fédéral un autre argument pour justifier cette exclusion ⁴⁰⁹ : « L'impossibilité de faire protéger la substance a vraisemblablement pour effet d'engager les intéressés à consacrer toute l'attention nécessaire à la recherche de procédés de fabrication les plus avantageux du point de vue économique ». Si l'on accordait la protection aux substances, personne n'aurait plus intérêt à chercher de nouveaux procédés. Le progrès technique serait ainsi freiné. A la fin du siècle dernier, on donnait en exemple la situation créée en France par le monopole portant sur une substance chimique colorante, la fuchsine ⁴¹⁰ : les progrès de l'industrie chimique française auraient été freinés par cette protection très large ⁴¹¹.

Il est difficile de souscrire à un tel raisonnement : les Etats-Unis ont l'industrie chimique la plus développée du monde, et la substance y a toujours été protégée ⁴¹².

⁴⁰³ Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 18 t. I p. 231.

⁴⁰⁴ ROLF 1955 p. 151.

⁴⁰⁵ Cf. *supra*, n. 351 et 342 ; *infra*, p. 82.

⁴⁰⁶ Kohler, Handbuch, p. 85 ; Vonarburg, p. 1 ; Steffen, p. 69 ; Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 20 t. I p. 234.

⁴⁰⁷ Blum/Pedrazzini, *ibid.*

⁴⁰⁸ Cf. Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 20 t. I p. 235.

⁴⁰⁹ Message du CF du 25 avr. 1950, FF 1950 I p. 965.

⁴¹⁰ Cf. Lyon 13 déc. 1861 et Cass. 13 août 1862, Ann. 1863 p. 286.

⁴¹¹ Cf. Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 20 t. I p. 235.

⁴¹² Cf. Blum/Pedrazzini, *ibid.* ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 249.

Cette exclusion était pourtant prônée en 1907 par l'industrie chimique suisse elle-même, qui se développait et entendait profiter des inventions faites dans les pays voisins. De même, les représentants de l'industrie chimique s'opposaient à l'institution d'un brevet général de procédé, incluant même les applications non prévues par l'inventeur ⁴¹³. Un procédé chimique était donc brevetable seulement concernant la fabrication d'une seule substance : il fallait mentionner expressément les applications à d'autres substances, même analogues, si l'on entendait les protéger. L'art. 53 de la loi de 1954 a changé cette pratique étroite : un même procédé est protégé contre toutes les applications analogues qu'on peut en faire.

Quant à l'interdiction de la brevetabilité de la substance chimique, elle a perdu toute utilité en raison du niveau technique actuellement atteint par l'industrie suisse et constitue en fait une entrave dont la suppression est favorablement envisagée ⁴¹⁴.

La ratification de la Convention de Strasbourg et de la convention instituant un système européen de délivrance de brevets obligera d'ailleurs la Suisse à modifier sa loi en ce sens.

Redies ⁴¹⁵ admet que, en Allemagne, le nombre de brevets portant sur un procédé nouveau en soi ne représente que le 10 % des brevets accordés pour l'industrie chimique. En Suisse, il en va de même : de 1948 à 1958 la société Ciba n'a déposé qu'une seule invention de procédé proprement dit ⁴¹⁶. Autrement dit, la grande majorité des inventions dans le domaine chimique est constituée par des inventions de produits, et non par des inventions de procédés. L'exclusion frappant les substances chimiques a donc manqué son but, qui était de pousser les industries à trouver de nouveaux procédés ⁴¹⁷. La plupart des inventions étant des inventions de produits, que l'on fabrique selon des procédés connus, la seule solution logique serait d'accorder la protection aux substances elles-mêmes ⁴¹⁸.

Les substances chimiques étant exclues de la protection, il s'agit de définir la substance chimique. Est-ce simplement une substance fabriquée selon un procédé chimique ? Etant donné que certains mélanges peuvent être fabriqués chimiquement ⁴¹⁹, il faudrait alors les considérer comme des substances chimiques ; une telle conclusion serait évidemment erronée. La substance chimique, selon Blum/Pedrazzini ⁴²⁰, est soit un élément, c'est-à-dire une substance dont tous les atomes ont une même masse nucléaire, soit une substance composée de molécules, qui contiennent chacune une pluralité d'atomes d'éléments chimiques reliés dans certains rapports stœchiométriques et qui ont des caractéristiques physiques et chimiques déterminées.

Autrement dit, une substance est chimique dès que toutes les molécules (ou atomes) qui la composent sont identiques.

Selon cette définition, les isotopes nouveaux ne sont pas brevetables ; il s'agit d'éléments connus, dont la masse nucléaire a été changée : chaque atome ayant la

⁴¹³ Bull. stén. CE 1906 p. 1466.

⁴¹⁴ Cf. de Montmollin, RSPI 1951 p. 109 ss ; Gansser, RSPI 1951 p. 117 ss ; Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 20 t. I p. 234 ; de Mestral, p. 271.

⁴¹⁵ GRUR 1958 p. 57 ; voir également Weidlich, GRUR 1949 p. 396.

⁴¹⁶ Cueni, cité par Vonarburg, p. 2.

⁴¹⁷ Cf. Steffen, p. 70 et 93 ss ; Gansser, RSPI 1951 p. 120 ; de Mestral, p. 271 ; Vonarburg, p. 2.

⁴¹⁸ Cf. Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 20 t. I p. 236 et citations.

⁴¹⁹ Par exemple, l'électrolyse de l'eau, qui crée un mélange d'oxygène et d'hydrogène est un procédé chimique au sens du droit suisse, puisqu'il modifie la structure moléculaire d'une substance : ATF 82 I 203 (JT 1957 I 555). Le mélange oxygène-hydrogène n'est pas une substance chimique pour autant.

⁴²⁰ Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 22 t. I p. 245 ; cf. également Dürr, art. 2 ch. 4 c.

même structure, il s'agit là de substances chimiques ⁴²¹. Il en va de même des éléments nouvellement créés ou découverts (transuraniens) ⁴²².

Les mélanges nouveaux, n'étant pas des substances chimiques, sont brevetables, pour autant qu'ils ne constituent pas des remèdes, des aliments, des boissons ou des denrées fourragères ⁴²³. Selon Blum/Pedrazzini ⁴²⁴, un organisme vivant n'est pas une substance chimique. Il existe en effet des substances qui sont à la limite du vivant et du minéral : ADN, virus, gènes, etc. Ces auteurs se fondent ici encore sur l'interprétation restrictive de l'exception frappant les substances chimiques.

Apparemment, il n'y a pourtant aucune raison de considérer des organismes vivants comme n'étant pas des substances chimiques, s'ils sont formés de molécules semblables : la frontière entre le vivant et le minéral est mal définie, et elle s'estompe même de plus en plus ; la distinction paraît hasardeuse. Le Tribunal fédéral ne semble d'ailleurs pas faire de différence entre micro-organismes et substances chimiques ⁴²⁵.

B. La brevetabilité des procédés de fabrication de substances chimiques

AA. *Le problème* : L'exclusion frappant la substance chimique n'interdit pas le brevet portant sur le procédé destiné à l'obtention de cette dernière. On a vu que les inventions de procédés nouveaux en eux-mêmes étaient en réalité fort rares. Et cependant, les inventions brevetées qui appartiennent au domaine chimique sont extrêmement nombreuses. Il s'agit en fait d'inventions de substances ou d'utilisation de substances, protégées tant bien que mal par un brevet de procédé.

En effet, malgré l'interdiction légale de la protection de la substance chimique, on a réussi par un artifice à donner à celle-ci une certaine protection. La doctrine fait généralement remonter la première expression de cette théorie à un arrêt du Reichsgericht concernant l'affaire du Congorot ⁴²⁶.

Il s'agissait d'une couleur fabriquée selon des procédés connus en eux-mêmes. La couleur ne pouvait pas être brevetée, en raison de l'interdiction légale, ni le procédé, faute de nouveauté et d'invention. Cependant, contre toute attente, le rouge Congo présentait à l'usage des propriétés tout à fait imprévues et très utiles. On était bien là en présence d'une invention.

Aussi le Reichsgericht décida-t-il d'accorder la protection, non pas à la substance elle-même, ce qui eût été impossible, mais au procédé de fabrication. Certes, celui-ci n'était pas nouveau, mais il ne fallait pas entendre le terme de « procédé » dans un sens aussi étroit que d'y comprendre seulement la méthode utilisée ; l'établissement de qualités inattendues et précieuses faisait partie de la notion de procédé, et les propriétés précieuses du produit se « reflétaient » (zurückstrahlen) sur le procédé lui-même et fondaient sa brevetabilité.

C'est ce qu'on appelle la « Rückstrahlungstheorie » (théorie de l'effet-réflexe). L'effet technique du produit fonde la brevetabilité du procédé, même si celui-ci, en lui-même, n'est pas nouveau ni inventif, et si le produit présente une constitution analogue à celle de produits connus. C'est à ce sujet que l'on parle de procédé « d'analogie », « par analogie » ou de procédé « de but » (Analogieverfahren, Terminalverfahren), procédés connus mais brevetables grâce à la théorie de l'effet technique.

⁴²¹ Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 23 t. I p. 249.

⁴²² Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 22 t. I p. 247.

⁴²³ Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 22 et 23 t. I p. 247 et 251.

⁴²⁴ Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 22 et 23 t. I p. 245 et 251.

⁴²⁵ ATF 93 II 511-512.

⁴²⁶ RG 20 mars 1889, Pat. Bl. 89 p. 209, cité notamment par : Weidlich, GRUR 1949 p. 396 ; Kumm, GRUR 1963 p. 56 ; Vonarburg, p. 3.

Chose étrange, cette théorie n'a pas été combattue pendant une cinquantaine d'années ⁴²⁷, jusqu'à ce que Kirchner ⁴²⁸ ait mis en question la brevetabilité de tels procédés, suscitant une discussion assez vive.

La jurisprudence est abondante sur ce sujet en Allemagne : les arrêts du Reichsgericht et les décisions du DPA (bureau allemand des brevets) sont nombreux ⁴²⁹. En Suisse, par contre, le Tribunal fédéral a rarement eu à se prononcer sur une telle doctrine, et le Bureau fédéral de la propriété intellectuelle n'a jamais pris position officiellement. Nous ne connaissons que deux arrêts du Tribunal fédéral où il soit question de procédés d'analogie ⁴³⁰. Le problème mérite cependant d'être examiné, car la plupart des inventions chimiques sont brevetées en Suisse, en fonction de cette doctrine, sous forme de procédés.

BB. *Le procédé par analogie* : La théorie de l'effet technique, fondement du brevet, est extrêmement développée en Allemagne. Aussi les définitions du procédé d'analogie abondent-elles, ce qui n'est pas fait pour clarifier la situation ⁴³¹.

Il s'agit, selon la doctrine dominante, d'un procédé en principe non brevetable, mais qu'un effet technique particulier et inattendu du produit final peut rendre digne de protection. La définition de Kirchner ⁴³² (qui conteste la brevetabilité du procédé par analogie) correspond à cette conception : le procédé par analogie est un procédé chimique connu en lui-même, c'est-à-dire dans son fonctionnement, dont seule l'application à la matière première utilisée est nouvelle, et dont l'expérience acquise avec des substances analogues permet de prévoir le résultat dans cette nouvelle application ⁴³³. Selon toute probabilité, le procédé doit donc aboutir à une substance finale de constitution analogue à celle des produits déjà obtenus à partir des matières premières équivalentes ⁴³⁴.

D'autres auteurs restreignent leur définition du procédé d'analogie aux procédés qui n'entraînent aucun effet technique et ne sont pas brevetables. C'est aussi la conception qui se dégage de la jurisprudence récente du Bureau allemand des brevets ⁴³⁵.

Enfin, certains auteurs adoptent une définition assez large, qui peut même comprendre, semble-t-il, des procédés originaux en eux-mêmes ⁴³⁶. Parmi ces auteurs, Blum/Pedrazzini ⁴³⁷ donnent la définition suivante : « Les procédés d'analogie sont des procédés dans lesquels une méthode chimique, qui a déjà trouvé son application (Niederschlag) dans divers procédés, est appliquée pour la première fois à une nouvelle matière première ou/et dans de nouvelles conditions (pression, température, champs, catalyseurs, etc.). »

Cette définition n'a pas été reprise par la doctrine suisse en général, qui s'en est tenue à la définition de la doctrine dominante allemande ⁴³⁸; selon cette dernière

⁴²⁷ Weidlich, GRUR 1949 p. 396.

⁴²⁸ Kirchner, GRUR 1949 p. 215.

⁴²⁹ Cf. Vonarburg, p. 5.

⁴³⁰ ATF 89 II 156 ss (JT 1963 I 612), 93 II 504.

⁴³¹ Cf. Kumm, GRUR 1963 p. 60, qui dénombre trente-cinq notions et justifications différentes concernant le procédé par analogie. Pour l'exposition générale de la question, cf. Vonarburg, p. 8 ss.

⁴³² GRUR 1949 p. 215.

⁴³³ Cf. également les définitions de : Steck, p. 116 ; Vonarburg, p. 9 ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 202 ss ; Steffen, p. 46 ; de Mestral, p. 210.

⁴³⁴ Cf. n. 430.

⁴³⁵ Vonarburg, p. 9-10, qui cite la définition de Kirchner, à notre avis à tort : celle-ci nous paraît englober en effet les procédés brevetables selon la doctrine dominante.

⁴³⁶ Cf. Vonarburg, p. 9.

⁴³⁷ Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 25 t. I p. 260.

⁴³⁸ Troller, t. I (éd. 1968) p. 202 ; Steffen, p. 46 ; Bumbacher, p. 157 ; Vonarburg, p. 8 ss ; de Mestral, p. 210 ; Steck, p. 116.

on entend par « Analogieverfahren » des procédés qui diffèrent d'un procédé connu en ce que les matières premières utilisées dans celui-ci sont remplacées dans le procédé d'analogie par des substances différentes, mais analogues, qui réagissent de la même manière, et dont on peut attendre un produit final de constitution analogue à celle de la matière fournie habituellement par le procédé général connu. Autrement dit, les matières premières et le résultat obtenu dans le procédé d'analogie sont analogues à ceux du procédé connu. Mais que signifie ce terme d'« analogie » ? Il existe plusieurs types de similitudes :

— *L'analogie*: En fonction des lois qu'il connaît, le chimiste peut prévoir dans une certaine mesure les combinaisons qu'on peut obtenir à partir de telles substances données. A cet égard, la place d'un élément dans la table de Mendeleïev est importante. Certains éléments, placés dans un même groupe de ce tableau, ont un comportement semblable et se lient avec les mêmes éléments, qui ont également des propriétés semblables entre eux ⁴³⁹. Les possibilités de prévision ne se limitent pas aux éléments simples : les réactions de combinaisons sont également prévisibles lorsque celles-ci présentent des similitudes de structure avec d'autres combinaisons déjà utilisées dans le procédé. Il existe plusieurs types de parenté, dont les principaux sont l'isomérisie, l'homologie et l'appartenance à une même classe de substances ⁴⁴⁰. L'isomérisie et l'homologie jouent notamment un rôle important dans le domaine de la chimie organique, où les combinaisons sont extrêmement nombreuses.

— *L'isomérisie*: Deux substances sont dites isomères lorsque leurs formules globales sont identiques, mais que leurs structures sont différentes. Autrement dit, les molécules comprennent le même nombre d'atomes de même espèce, mais ceux-ci sont disposés différemment ⁴⁴¹. Plus la molécule a d'atomes, plus le nombre d'isomères possibles est élevé : alors que la formule C_4H_{10} n'englobe que deux isomères, la formule globale $C_{20}H_{42}$ ne couvre pas moins de 366 319 isomères possibles ⁴⁴².

L'isomérisie n'implique pas nécessairement un comportement identique dans toutes les réactions : pour certaines espèces, la similitude s'arrête à un nombre limité de réactions ⁴⁴³.

— *L'homologie*: « On parle d'homologie lorsqu'une série de combinaisons chimiques sont composées selon une même formule, c'est-à-dire que les proportions des composants restent toujours égales » ⁴⁴⁴. Ici, le nombre d'atomes, ou de groupes composant la molécule n'est pas identique, comme c'est le cas des substances isomères, mais la proportion des atomes de même espèce est constante. Par exemple, la formule générale C_nH_{2n} comprend aussi bien l'éthylène (C_2H_4) que le mélène ($C_{30}H_{60}$) ou l'hexaméthylène (C_6H_{12}) ⁴⁴⁵. Les caractéristiques des membres d'une série homologue sont en principe les mêmes et varient graduellement, en fonction des dimensions de la molécule ⁴⁴⁶.

— *L'appartenance à une même classe de substances*: Souvent, l'appartenance de la matière première à une certaine classe de substances (acides, bases, sulfates, alcools, etc.) permet au chimiste de prévoir son comportement dans telle ou telle réaction.

⁴³⁹ Cf. Bumbacher, p. 27 ss.

⁴⁴⁰ Cf. Bumbacher, *ibid.* ; Steck, p. 116.

⁴⁴¹ Cf. Bumbacher, p. 29 ; Steck, *ibid.*

⁴⁴² Henglein/Herding/Vogel, Chimie, Encyclopédie Universelle, Verviers 1962 vol. III p. 598.

⁴⁴³ Bumbacher, p. 30.

⁴⁴⁴ Steck, p. 116.

⁴⁴⁵ Abraham/Sacerdote, Recueil des constantes physiques, Paris 1913 p. 63, 68, 71 ; cf. Bumbacher, p. 28.

⁴⁴⁶ Bumbacher, p. 29.

Les combinaisons d'une même classe ont en commun des atomes ou groupes d'atomes qui peuvent réagir indépendamment (par exemple : acides, cations H; bases, anions OH); elles se comportent en général identiquement dans toutes les réactions où n'entrent en jeu que ces atomes ou groupes d'atomes ⁴⁴⁷.

En règle générale, le remplacement, dans une réaction donnée, d'une matière première par son isomère, son homologue ou par un produit de la même classe aboutit à un produit final isomère, homologue ou de la même classe que la substance terminale obtenue dans la première application ⁴⁴⁸.

CC. *La brevetabilité du procédé par analogie*

Généralités: En général, l'application d'un procédé connu à l'obtention d'une substance analogue à celle produite jusqu'alors n'est pas brevetable; elle est en effet souvent prévisible pour l'homme du métier moyen, et même tout à fait évidente. Cependant, cette présomption ne dispense pas de l'examen du niveau inventif. Aussi, se référant à Troller ⁴⁴⁹, Vonarburg ⁴⁵⁰ propose-t-il de rejeter cette notion du procédé d'analogie. Il observe qu'il est sans intérêt de créer des notions auxiliaires inutiles. Même si l'on admet que cette notion recouvre uniquement des procédés non brevetables, l'examen du niveau inventif demeure nécessaire pour déterminer l'existence d'un procédé par analogie, et cette désignation est également inutile.

Ces remarques paraissant pertinentes, nous ne nous attarderons pas à décrire les diverses sous-espèces possibles du procédé d'analogie; nous nous contenterons de savoir qu'un procédé d'analogie, tel que l'a défini la doctrine dominante allemande, n'est pas brevetable si le produit obtenu grâce à lui ne présente aucune particularité. Il peut l'être, en revanche, lorsque le produit obtenu présente des propriétés inattendues, imprévisibles pour le technicien moyen.

Troller observe pourtant que la protection des procédés par analogie ne pourrait jamais être assurée par l'application des critères habituels de l'« Erfindungshöhe », puisque ces procédés sont toujours à la portée de l'homme du métier ⁴⁵¹.

Aussi la justification juridique de la protection du procédé par analogie a-t-elle présenté des difficultés assez importantes, qu'on a essayé de surmonter au moyen de la théorie dite de « l'effet technique ». Cette construction a été envisagée sous deux aspects principaux, dont rendent compte la théorie de la « réflexion » (Rückstrahlungstheorie) ou de « l'effet-réflexe » (Reflexwirkung), déjà brièvement exposée, et la théorie de l'unité (Einheitlichkeitstheorie) ⁴⁵².

— *La théorie de la réflexion:* D'après cette théorie, à côté du critère de l'originalité de l'invention, de la plus ou moins grande facilité (Naheliegen) présentée par le problème, sur lequel se fonde habituellement l'examen du niveau inventif, existerait un deuxième critère possible : le caractère inventif du procédé est déterminé par les qualités nouvelles et inattendues du produit qu'il sert à fabriquer. L'ingéniosité impliquée dans la découverte des propriétés du produit, et le progrès qui en résulte, se « réfléchissent » en quelque sorte sur le procédé lui-même, qui est alors considéré comme brevetable ⁴⁵³ (Tetzner ⁴⁵⁴ va même jusqu'à dire que l'effet technique rend le procédé « inventif »).

⁴⁴⁷ Bumbacher, p. 32.

⁴⁴⁸ Bumbacher, p. 32-33.

⁴⁴⁹ Troller, t. I (éd. 1968) p. 210 (éd. 1959 p. 190).

⁴⁵⁰ Vonarburg, p. 11 ; cf. également Kumm, GRUR 1963 p. 65.

⁴⁵¹ Troller, t. I (éd. 1968) p. 203.

⁴⁵² Cf. Vonarburg, p. 24 ss.

⁴⁵³ Vonarburg, *ibid.* ; de Mestral, p. 213 ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 203 ss.

⁴⁵⁴ Tetzner, p. 105.

C'est principalement sous cette forme que la théorie de l'effet technique a été exprimée depuis l'arrêt du Congorot. On a justifié ce système de l'effet-réflexe en disant que le procédé était la cause de la naissance du produit et par conséquent de ses propriétés utiles, et qu'il devait être protégé de ce fait ⁴⁵⁵.

Critiquée par Kirchner ⁴⁵⁶ qui relève à juste titre l'absence de relation nécessaire entre procédé et utilisation du produit, cette théorie a fait place, chez plusieurs auteurs ⁴⁵⁷, à une construction légèrement différente, la théorie de l'unité.

— *La théorie de l'unité*: Alors que la théorie de l'effet-réflexe distingue le produit du procédé, en admettant que les qualités de celui-là rejaillissent sur celui-ci, la théorie de l'unité considère qu'ils forment un tout inséparable.

Selon Weidlich ⁴⁵⁸, le lien entre produit et procédé est un cas typique de causalité. En outre, le résultat obtenu grâce à la substance finale doit être mentionné dans le brevet, sinon le procédé ne peut pas être utilisé industriellement. Le travail du chimiste n'est achevé que s'il trouve une utilisation à la nouvelle matière. Cette découverte fait donc partie du procédé. La séparation du procédé, du produit et de son utilisation est artificielle. L'invention réside dans le choix des composants utilisés dans le procédé. Si l'on considère le procédé, la substance et son effet comme une unité, la protection de l'invention sous la forme d'un procédé est aussi logique que la protection sous forme de brevet de substance ou d'utilisation ⁴⁵⁹. L'application d'un procédé à des substances nouvelles aboutissant à un effet inattendu du produit final constitue une invention brevetable.

Cette théorie a été reprise par plusieurs auteurs, avec diverses nuances, et peut être considérée actuellement comme la doctrine dominante ⁴⁶⁰. Selon Trüstedt ⁴⁶¹, le procédé au sens large comprend le choix de la matière à traiter, le procédé, le produit et son effet; c'est à cet ensemble qu'il convient d'appliquer les critères habituels de la brevetabilité. La brevetabilité du procédé d'analogie ne constitue donc pas une exception.

Quoique considérant, contrairement à Trüstedt, le procédé d'analogie comme dépourvu de caractère inventif et sa protection comme une exception ⁴⁶², Blum/Pedrazzini ⁴⁶³ défendent également la théorie unitaire. Afin de démontrer que l'effet technique appartient au procédé, ces auteurs donnent l'exemple d'un matériau dont il s'agissait d'élever le point de fusion. En fonction de cet effet technique, les chercheurs ont déterminé la composition chimique que la substance devait présenter pour fondre seulement à une température élevée. Puis, à partir de cette formule, on a cherché le procédé de fabrication adéquat. Selon Blum/Pedrazzini ⁴⁶⁴, cet exemple montre la relation d'échange (*Wechselwirkung*) et le lien étroit qui rattache l'effet technique du produit au procédé : du point de vue de l'invention, ces éléments doivent être considérés comme une unité.

Cueni ⁴⁶⁵, partisan de la théorie unitaire, est allé plus loin et rejoint Trüstedt : « Un procédé chimique englobe en un tout les produits initiaux à mettre en œuvre, les modes opératoires et les produits finals. Les produits finals font donc partie

⁴⁵⁵ Cf. DPA 10.2.1940 cité par Kirchner, GRUR 1949 p. 219 ; Vonarburg, p. 25.

⁴⁵⁶ Kirchner, *ibid.*

⁴⁵⁷ Weidlich, GRUR 1949 p. 397 ; Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 25 t. I p. 262 ; Cueni, PI 1958 p. 50 ss ; Vonarburg, p. 26 ss, et citations.

⁴⁵⁸ Weidlich, *ibid.*

⁴⁵⁹ Weidlich, GRUR 1954 p. 134.

⁴⁶⁰ Cf. Vonarburg, p. 27.

⁴⁶¹ GRUR 1960 p. 55.

⁴⁶² Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 23 g et 36, t. I p. 131 et 154.

⁴⁶³ Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 25 t. I p. 262.

⁴⁶⁴ Blum/Pedrazzini, *ibid.*

⁴⁶⁵ Cueni, PI 1958 p. 50 ss.

du procédé. Leurs particularités doivent par conséquent pouvoir motiver l'idée inventive d'un procédé chimique, aussi bien que les particularités des produits initiaux ou des modes opératoires employés ». De plus, pour juger de la brevetabilité de n'importe quel procédé chimique, il faut aussi prendre en considération les produits finals; ceux-ci doivent être utiles à la communauté pour être brevetés. Si la brevetabilité du produit est exclue, cela ne signifie pas que le procédé de but (d'analogie) le soit. Entre la protection d'un produit et celle d'un procédé, il n'y a de différence que dans l'étendue de la protection; dans les pays qui admettent le brevet de substance, « tous les procédés qui permettent d'arriver à ce composé tombent sous cette protection, spécialement le procédé de but décrit dans la demande de brevet »; ce qui démontre, selon Cueni, que l'on admet implicitement la brevetabilité du procédé de but. En fait, nous dit l'auteur, « l'effort inventif pour les procédés de but est la conception de l'idée de préparer un nouveau composé déterminé et de l'utiliser dans le but prévu ». « Bien que ce soit peu important pour la brevetabilité d'un procédé, il y a lieu de relever tout d'abord que pour les procédés de but, dans un grand nombre de cas, l'inventeur conçoit vraiment l'idée créatrice d'un nouveau composé... » « L'effort inventif dans le meilleur sens de cette expression, consiste dans l'idée de proposer le nouveau composé déterminé. » Ainsi Cueni pose-t-il que l'invention, dans le cas du procédé d'analogie, est en fait une invention de substance; l'invention de substance, dans les pays où celle-ci peut être brevetée, couvre aussi les procédés de fabrication; si donc la brevetabilité de la substance est interdite, les procédés restent brevetables.

Vonarburg ⁴⁶⁶ a repris cette doctrine : le brevet de procédé recouvre une invention de substance. Vonarburg admet donc, contrairement à certains auteurs ⁴⁶⁷, que le produit du procédé doit être nouveau dans sa structure pour fonder la brevetabilité du procédé, et non seulement dans ses propriétés ⁴⁶⁸.

En résumé, la théorie de l'unité considère le procédé d'analogie comme l'application d'un procédé connu à des substances nouvelles en vue d'un effet technique déterminé, l'invention consistant dans le choix des matériaux et la prévision de l'effet obtenu.

— *Position du Tribunal fédéral*: Le Tribunal fédéral a admis la brevetabilité du procédé d'analogie dans deux arrêts récents, en se fondant sur la théorie de l'unité.

La première de ces décisions ⁴⁶⁹ concerne trois procédés de fabrication d'un produit nouveau, le phénylbutazone, qui présentait des propriétés analgésiques et antipyrétiques. Le type de procédé utilisé était connu. Mais la loi n'exige pas qu'il soit nouveau : il suffit qu'il s'applique à des substances non utilisées jusqu'alors; dans le cas contraire, la brevetabilité de la combinaison nouvelle de moyens connus ne pourrait pas être admise. L'invention a supposé un travail méthodique de recherche. Il est vrai que l'idée d'appliquer le procédé en question à la matière première utilisée est une opération « purement manuelle », mais « elle requiert un esprit inventif chez celui qui prévoit que le produit en résultant pourra avoir une propriété représentant un progrès technique notable et qui décide pour cela de procéder à l'opération » ⁴⁷⁰.

Le second jugement ⁴⁷¹ a trait à six brevets portant sur des procédés de fabrication d'un antibiotique nouveau, le chloramphénicol. Chaque brevet concerne une étape de la synthèse de ce produit, les cinq premières étapes aboutissant cha-

⁴⁶⁶ Vonarburg, p. 29.

⁴⁶⁷ Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 25 t. I p. 263.

⁴⁶⁸ Vonarburg, p. 39.

⁴⁶⁹ ATF 89 II 156 (JT 1963 I 612).

⁴⁷⁰ ATF 89 II 168, traduction.

⁴⁷¹ ATF 93 II 504.

cune à un produit intermédiaire. Ici également, les processus suivis dans les procédés litigieux n'étaient pas nouveaux; seules étaient nouvelles les substances de base et d'arrivée. Le Tribunal fédéral admet qu'il s'agit d'une application nouvelle de moyens connus : « Le procédé, son point de départ et son point d'aboutissement formant un tout inséparable, ce qui est décisif, c'est qu'à la date du dépôt du brevet, personne n'ait appliqué le procédé dans les conditions, aux objets et avec le résultat revendiqués par l'inventeur »⁴⁷². « Bien que le brevet litigieux concerne un procédé, l'invention ne saurait consister dans le procédé en soi, indépendamment des substances de départ et d'aboutissement, mais seulement dans l'application d'une technique à un objet déterminé. S'il en allait autrement, on ne pourrait protéger aucune invention qui ferait d'un procédé connu une application toute nouvelle.

« Dans le domaine de la chimie en particulier, où les procédés techniques appliqués sont rarement nouveaux, le problème de l'inventeur consiste dans le choix du produit initial et de la réaction chimique en fonction du produit final. Du point de vue du niveau inventif, le procédé chimique est donc inséparable de ces deux produits (F. Cueni, *Eigenart und Analogie chemischer Verfahren mit besonderer Berücksichtigung des pharmazeutischen Gebietes*; Bulletin du groupe suisse de l'AIPPI, 1945, p. 224 s).

« Le niveau inventif et l'idée créatrice, par conséquent, ne doivent pas résider exclusivement dans le procédé seul, mais dans l'ensemble des éléments auxquels ce procédé s'applique. Il ne s'agit pas de juger si l'homme du métier qui connaîtrait les substances initiale et finale pourrait, par un effort normal de réflexion, trouver la réaction chimique nécessaire pour passer de la première à la seconde. Il faut bien plutôt, partant de l'état des connaissances techniques, à la date de la priorité, se demander si l'homme du métier serait, de même, capable de poser et de résoudre le problème dont l'inventeur a trouvé la solution »⁴⁷³.

Le Tribunal fédéral relève encore⁴⁷⁴ : « Du reste, dans son arrêt Geigy (RO 89 II 167 consid. 5), le Tribunal fédéral a jugé que pouvait être brevetée l'application d'un procédé en lui-même banal, du fait que l'inventeur a prévu que, du résultat de l'opération, pourrait découler un progrès technique, pourvu que cette prévision n'ait pas été à la portée de l'homme du métier. En d'autres termes, l'idée créatrice réside dans la prévision d'un résultat possible. Cela implique que ce résultat soit concevable pour l'homme du métier. Or, tel ne saurait être le cas si cet homme ne connaît pas la substance finale. »

Le Tribunal fédéral adhère donc à la théorie de l'unité, et admet que l'originalité d'une invention extérieure à la revendication justifie la protection. En outre, il admet que la protection ainsi accordée au procédé s'étend non seulement à la fabrication du produit en vue de l'utilisation découverte par le breveté, mais à toute fabrication, même lorsque le « contrefacteur » a trouvé un emploi totalement différent de celui qui figure dans le brevet. Ainsi, un brevet pris pour le procédé de fabrication d'un produit analgésique et antipyrétique interdit à tout tiers de mettre sur le marché un tel produit, même si ce concurrent le vend comme remède contre le rhumatisme (utilisation non prévue par le breveté), pourvu que le procédé de fabrication soit le même⁴⁷⁵.

Par contre, cette conséquence n'est pas admise dans le cas des procédés par analogie aboutissant à des substances intermédiaires, à partir desquelles le produit final peut être atteint. Si donc les qualités particulières du produit final peuvent

⁴⁷² ATF 93 II 510.

⁴⁷³ ATF 93 II 513-514.

⁴⁷⁴ *Ibid.*

⁴⁷⁵ ATF 89 II 171 ; concernant ce problème, cf. Weidlich, GRUR 1949 p. 399.

justifier la protection de la dernière phase du processus général de fabrication, les stades antérieurs ne bénéficient pas de la même faveur⁴⁷⁶. Le produit intermédiaire ne présente en effet aucune qualité particulière en lui-même ; il n'est donc pas inventif, même s'il était inconnu au moment du dépôt de la demande⁴⁷⁷.

Il est curieux que le Tribunal fédéral, dans la première⁴⁷⁸ des décisions citées, ajoute, après avoir exposé les arguments cités ci-dessus, que l'examen de la brevetabilité du procédé d'analogie est inutile en l'espèce, les conditions générales de la brevetabilité étant remplies. En effet, il semble qu'il s'agisse là d'un exemple typique de procédé par analogie : l'application du processus en question à une substance analogue à celles déjà utilisées dans ce processus pouvait être considérée comme « purement manuelle », la seule nouveauté inattendue résidant dans les propriétés du produit final⁴⁷⁹. Aussi la Cour cantonale avait-elle classé les procédés Geigy parmi les procédés d'analogie⁴⁸⁰. La terminologie du Tribunal fédéral, qui ne correspond pas avec cette conception, demeure incertaine, faute de définition.

Il convient d'autre part d'observer que, dans le second arrêt, la substance finale était entièrement nouvelle⁴⁸¹ ; le jugement ne précise pas si elle était analogue à des substances déjà connues. L'utilisation du procédé ne présentant toutefois aucune originalité par rapport à la structure de la matière, les raisonnements du Tribunal fédéral paraissent également applicables aux cas où de telles substances auraient existé.

— *Critiques de ces théories* : Kirchner⁴⁸² est le principal adversaire de cette théorie de l'effet technique. Il a fait valoir, avec pertinence, que le procédé de fabrication ne pouvait pas être considéré comme la cause de l'effet produit par la substance dans une utilisation particulière⁴⁸³. C'est évident si la substance est connue : seul l'emploi est nouveau, et l'utilisation du procédé habituel de fabrication n'a manifestement pas entraîné cette application nouvelle. Mais c'est également le cas lorsque la matière est nouvelle : le lien de causalité n'existerait que si le procédé était la condition nécessaire de l'effet technique. Or, il est possible de trouver des moyens nouveaux de fabriquer une substance, sans connaître d'applications pour celle-ci ; l'utilisation peut être inventée par la suite, indépendamment du procédé. L'effet technique lié à l'utilisation de la substance est extérieur au procédé et ne peut donc logiquement fonder sa brevetabilité : seule l'utilisation peut faire l'objet d'un brevet. D'autre part, la jurisprudence⁴⁸⁴ et la doctrine⁴⁸⁵ refusent toute protection au procédé de fabrication par analogie du produit intermédiaire, qui constitue seulement une étape dans le processus général d'obtention du produit final. Le produit intermédiaire ne présente en effet aucune propriété inattendue. Or, la substance finale n'est en fait rien d'autre qu'un produit intermédiaire : elle n'est pas le but lui-même, mais un moyen d'atteindre un but final (guérir, s'il s'agit d'un médicament, ou colorer, s'il s'agit d'un colorant). Dès lors, il est illogique d'accorder le brevet au dernier stade du processus aboutissant à la substance finale, et de le refuser aux phases précédentes.

⁴⁷⁶ ATF 93 II 517.

⁴⁷⁷ *Ibid.*

⁴⁷⁸ ATF 89 II 170.

⁴⁷⁹ ATF 89 II 168.

⁴⁸⁰ ATF 89 II 159.

⁴⁸¹ ATF 93 II 514.

⁴⁸² GRUR 1949 p. 215 ss.

⁴⁸³ Cf. également Kumm, GRUR 1963 p. 64.

⁴⁸⁴ ATF 93 II 517.

⁴⁸⁵ Cf. Vonarburg, p. 57 ss.

Ce dernier argument présente un grand intérêt en droit suisse, en raison de la position très nette prise par le Tribunal fédéral contre la protection du produit intermédiaire. Le Tribunal fédéral ⁴⁸⁶ se fonde sur le raisonnement suivant : « Il est évident que les revendications et descriptions que comporte le brevet doivent contenir tous les éléments nécessaires pour juger du niveau inventif et que, pour constater si les conditions légales sont remplies à cet égard, on ne saurait avoir recours à des éléments extérieurs au brevet. » Le procédé analogue aboutissant à une substance intermédiaire ne peut donc pas être breveté isolément, même si les substances de départ et d'arrivée sont nouvelles ; le caractère inventif de l'effet particulier de la substance finale ne rejaillit que sur la dernière phase du processus. « Au surplus, si l'on admettait une protection spéciale et distincte pour chacune de ces étapes du processus de synthèse indépendamment des autres, le titulaire de ces brevets pourrait revendiquer le monopole du procédé breveté, supposé même que la substance ainsi obtenue pour le procédé partiel fût employée à d'autres fins que la synthèse du chloramphénicol. Il obtiendrait donc la protection légale non seulement dans la mesure où chacune des étapes conduit à cette substance finale, mais encore pour toutes les applications possibles de chacun des produits intermédiaires, applications que Parke Davis ignorait lorsqu'elle a acquis la priorité — et qu'elle ignore peut-être encore aujourd'hui. On fermerait ainsi la voie qui, à partir des substances intermédiaires II, III ou IV, pourrait conduire à d'autres inventions. On ne voit pas comment cette conséquence se justifierait du point de vue légal. Elle ne se produirait du reste pas dans le cas d'un brevet unique, qui embrasserait l'ensemble des diverses étapes de la synthèse. » ⁴⁸⁷

Ce raisonnement du Tribunal fédéral nous paraît justifier la position de Kirchner. Il semble en effet applicable non seulement au procédé de fabrication du produit intermédiaire, mais également à celui du produit final : dans le procédé par analogie brevetable, le titulaire du brevet peut revendiquer le monopole du procédé breveté, même si la substance analogue obtenue est utilisée à d'autres fins que celles mentionnées dans le brevet ⁴⁸⁸. Weidlich ⁴⁸⁹ cite à ce propos l'exemple d'une substance, très importante dans la fabrication des couleurs, mais qui ne présentait aucune particularité de structure ni aucune propriété spéciale par rapport aux substances analogues, et qui pouvait être obtenue facilement par les procédés connus. Le brevet ne pouvait pas être accordé. Il a toutefois suffi au fabricant de trouver une utilisation médicale de ce produit pour se voir attribuer le monopole du procédé d'obtention. La substance n'a jamais été utilisée en médecine, mais uniquement à la fabrication de couleurs. Or, on ne voit pas pourquoi le Tribunal fédéral admet une telle conséquence pour la dernière phase de production de la matière finale et la rejette pour les stades antérieurs. La dernière phase n'est pas liée à l'utilisation de la substance finale plus fortement que ces stades antérieurs, puisque cette utilisation peut être découverte indépendamment du procédé de fabrication. L'argument de Kirchner nous paraît donc bien fondé.

Il est d'autre part exact que les propriétés inattendues du produit final ne sont pas la conséquence du procédé utilisé : c'est le produit qui résulte du procédé ⁴⁹⁰. Par exemple, l'utilisation du phénylbutazone au traitement des rhumatismes a été découverte après le dépôt de la demande et n'avait pas été prévue par l'inventeur ⁴⁹¹. Il paraît donc fallacieux de dire que le procédé forme une unité avec la

⁴⁸⁶ ATF 93 II 516.

⁴⁸⁷ ATF 93 II 517.

⁴⁸⁸ Cf. *supra*, p. 71 ; ATF 89 II 171 ; Weidlich, GRUR 1949 p. 399.

⁴⁸⁹ *Eod. loc.*

⁴⁹⁰ Cf. Kumm, GRUR 1963 p. 64.

⁴⁹¹ ATF 89 II 171 (JT 1963 I 613).

substance et son utilisation. Selon les constatations du Tribunal fédéral, le chloramphénicol peut être fabriqué par douze procédés différents ⁴⁹²; Cueni ⁴⁹³, cité par Vonarburg ⁴⁹⁴, mentionne un médicament susceptible d'être produit selon vingt-cinq méthodes différentes. La substance et son utilisation sont donc indépendantes du procédé de fabrication.

Contre la théorie de l'effet technique, Kumm ⁴⁹⁵ fait valoir qu'elle est inapplicable aux inventions mécaniques. Elle crée donc une injustice au détriment des ingénieurs, en accordant au chimiste la protection de trouvailles banales faites au cours de son travail quotidien. Cette observation paraît pleinement justifiée. Supposons par exemple que l'inventeur de l'utilisation de la bobine d'induction dans le téléphone ⁴⁹⁶ ait, le premier, fait usage dans la construction de cette bobine d'un fil déjà bien connu pour sa faible résistance électrique. Il va de soi que l'idée d'employer un tel fil n'est pas brevetable en elle-même. Mais pourrait-on admettre que l'effet technique atteint par la bobine dans le téléphone a rendu « inventif » l'emploi nouveau évident du fil connu inauguré par l'inventeur ? Et cet effet technique permettrait-il à ce dernier de s'arroger le monopole de ce nouvel emploi à toute fabrication de bobines d'induction, même si celles-ci ne sont pas destinées à être utilisées aux transmissions téléphoniques ? Evidemment non. Pourtant, selon les règles admises concernant le procédé d'analogie chimique, une telle application devrait être considérée comme brevetable : on a vu que la portée du brevet protégeant un procédé par analogie s'étendait, au-delà de l'application prévue par le breveté, à tout emploi du procédé ⁴⁹⁷. La théorie de l'effet technique crée donc une exception en faveur du domaine chimique et, comme telle, ne se justifie pas.

Les tenants de la théorie de l'unité considèrent que le brevet portant sur un procédé d'analogie est une manière de protéger une invention de substance ⁴⁹⁸. Dans les pays où le brevet de substance est admis, le breveté peut interdire à quiconque l'exploitation du produit. Le brevet de substance englobe donc aussi l'utilisation du procédé de fabrication. S'il est interdit de protéger la substance, rien n'interdit de faire breveter le procédé. En Suisse, par exemple, la protection du procédé par analogie est seule accordée, comme une « tranche » de la protection plus large offerte par le brevet de substance ⁴⁹⁹. Qui peut le plus peut le moins : le « plus » étant interdit, reste le « moins ».

Cette argumentation nous paraît peu convaincante. Certes, l'art. 52 LBI admet, dans un même brevet concernant une invention de produit, à côté de la revendication concernant le produit, une revendication pour le procédé et une revendication pour l'utilisation du produit; de même, dans un brevet concernant un procédé, à côté de la revendication de procédé, l'art. 52 LBI admet une revendication pour le produit du procédé et une revendication pour une utilisation du produit. L'unité de l'objet du brevet est comprise au sens large.

Cependant, il semble que si, selon l'art. 52 al. 1 LBI, la revendication ne peut décrire qu'une seule invention, l'inverse est aussi vrai : la revendication doit décrire au moins une invention. Ainsi, Blum/Pedrazzini ⁵⁰⁰, citant une décision du Bureau fédéral du 12 décembre 1956, admettent que l'utilisation du produit

⁴⁹² ATF 93 II 515.

⁴⁹³ Patentrechtliche Probleme auf dem pharmazeutischem Gebiet (non publié) p. 33.

⁴⁹⁴ Vonarburg, p. 64.

⁴⁹⁵ Kumm, GRUR 1963 p. 65.

⁴⁹⁶ Cf. Cass. req. 8 mai 1894, Dalloz 1895 I p. 9.

⁴⁹⁷ Cf. *supra*, p. 71 ; Weidlich, GRUR 1949 p. 399.

⁴⁹⁸ Cueni, PI 1958 p. 50 ss ; Vonarburg, p. 29.

⁴⁹⁹ Vonarburg, p. 40.

⁵⁰⁰ Blum/Pedrazzini, art. 52 rem. 10 t. III p. 273 et rem. 11 p. 277.

revendiqué doit être particulière et ne pas représenter l'utilisation évidente du produit. En effet, si l'art. 52 admet quatre revendications dans un même brevet, rien n'empêche l'inventeur de prendre quatre brevets différents pour les quatre inventions⁵⁰¹. Or, le Tribunal fédéral⁵⁰² a jugé qu'un brevet additionnel n'était pas valable lorsqu'il ne possédait pas le niveau inventif nécessaire par rapport au brevet principal. Blum/Pedrazzini⁵⁰³ jugent également que l'« Erfindungshöhe » doit exister aussi par rapport au brevet principal. Etant donné que la différence entre brevet, additionnel ou principal, et revendication, est une différence de pure forme, il convient d'admettre que les revendications à l'intérieur d'un même brevet doivent être inventives l'une par rapport à l'autre.

Autrement dit, le procédé utilisé doit être original par rapport au produit inventé pour pouvoir être protégé, et n'être pas évidemment utilisable à sa fabrication.

Or, de deux choses l'une : ou bien le procédé d'analogie est employé à la fabrication d'un produit nouveau, ou bien il est employé à la fabrication d'un produit connu. Si le produit n'est pas nouveau, mais que l'invention réside dans l'établissement de propriétés particulières du produit, alors l'utilisation d'un procédé connu dans la fabrication de ce produit n'est pas originale ni même nouvelle; elle ne peut donc être revendiquée à aucun titre. Si le produit fabriqué est nouveau, l'utilisation du procédé connu, déjà employé à la fabrication de substances analogues, ne présente absolument rien d'inventif; même dans un brevet de substance, on ne pourrait la revendiquer, puisque cette utilisation va de soi d'après la composition de la substance inventée.

Il convient encore d'observer que la protection du procédé par analogie ouvre la porte au double brevet. L'utilisation particulière de la substance ne doit en effet pas figurer dans la revendication du procédé : cette précision limiterait la portée du brevet à l'emploi indiqué pour la substance obtenue et le transformerait en simple brevet d'utilisation⁵⁰⁴. Il suffit donc que l'application originale de la substance figure dans la description. Or, si le niveau inventif doit aussi exister par rapport aux demandes et aux brevets non publiés⁵⁰⁵, cet examen ne porte que sur les éléments figurant dans la revendication⁵⁰⁶. En vertu de la théorie de l'effet technique, un inventeur pourrait donc déposer une demande portant sur le procédé, puis, quelques mois, ou même quelques années plus tard, avant la publication de la demande ou du brevet, déposer une seconde demande, dans laquelle serait revendiquée l'utilisation de la substance. Il obtiendrait ainsi une prolongation injustifiée de la protection.

La protection du procédé d'analogie est difficilement conciliable avec les principes généraux du droit des brevets⁵⁰⁷. Même Weidlich admet qu'elle est critiquable⁵⁰⁸.

Elle constitue une exception⁵⁰⁹, que seuls peuvent justifier des arguments pratiques. Aussi Weidlich fait-il valoir⁵¹⁰ que cette protection favorise le développement de l'industrie chimique et correspond à son intérêt : il n'y aurait donc aucune

⁵⁰¹ Cf. Blum/Pedrazzini, art. 52 rem. 11 t. III p. 275.

⁵⁰² ATF 69 II 188 (JT 1943 I 549).

⁵⁰³ Blum/Pedrazzini, art. 9 rem. 3 t. I p. 417.

⁵⁰⁴ Cf. Weidlich, GRUR 1949 p. 399 ; ATF 89 II 171.

⁵⁰⁵ Blum/Pedrazzini, art. 26 rem. 10 t. II p. 141 ; Troller, t. II (éd. 1962) p. 712 ; ATF 27 II 603 ; Gass, p. 87 ; de Mestral, p. 280 ss.

⁵⁰⁶ Blum/Pedrazzini, art. 26 rem. 10 t. II p. 142 ; de Mestral, p. 283 ; PMMBI 1967 p. 31

⁵⁰⁷ Troller, t. I (éd. 1968) p. 203.

⁵⁰⁸ Weidlich, GRUR 1949 p. 397.

⁵⁰⁹ Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 25 t. I p. 262 ; Kumm, GRUR 1963 p. 65.

⁵¹⁰ *Loc. cit.*

raison de la supprimer, quelle que soit la faiblesse de son fondement juridique. Le Tribunal fédéral a également utilisé cet argument ⁵¹¹ : « La synthèse du chloramphénicol est le résultat de recherches systématiques, menées méthodiquement. La protection des résultats acquis de la sorte est une condition essentielle de la recherche appliquée dans l'industrie. Une conception par trop étroite de l'invention, ainsi celle que préconise la recourante pour les besoins de sa cause, permettrait à des contrefacteurs de dépouiller autrui du fruit de son effort; elle découragerait la recherche et compromettrait le développement de la technique, d'autant plus que le contrefacteur aurait, dans la concurrence, l'avantage de faire l'économie des frais de recherches. » Cette position est certes justifiée *de lege ferenda*; mais le juge n'est pas le législateur : son rôle se borne à appliquer la loi, quelle qu'elle soit ⁵¹². Ces considérations d'économie politique ne nous paraissent pas avoir leur place dans un jugement.

En fait, quoique non fondée juridiquement, et illogique, la théorie de l'effet technique a eu le mérite de contrebalancer l'interdiction injustifiée frappant les substances chimiques. Cependant, il est très probable que, si cette doctrine n'avait jamais été formulée, la loi suisse aurait admis depuis longtemps la protection de la substance chimique; car il est évidemment nécessaire de protéger les inventions chimiques, dont la majorité est constituée de substances nouvelles. La théorie de l'effet technique paraît donc être en définitive un palliatif de pauvre qualité.

— *L'effet thérapeutique*: La doctrine de l'effet technique a été étendue aux remèdes : le brevet couvre non le remède, mais le procédé destiné à l'obtenir. Ici, la brevetabilité de l'utilisation du remède serait impossible ⁵¹³. Elle contreviendrait directement aux intentions du législateur, en donnant tout pouvoir au breveté d'interdire cette utilisation, d'en fixer le prix à sa guise et de nuire de la sorte à la santé publique.

L'effet thérapeutique n'est qu'une sous-espèce de l'effet technique. Les raisonnements exposés plus haut s'appliquent donc également à ce cas particulier ⁵¹⁴.

ee) *Les alliages*: L'art. 2 ch. 4 LBI précise que l'exclusion frappant les substances chimiques ne s'étend pas aux alliages. Les matériaux formant l'alliage peuvent être liés par des forces chimiques; mais, même dans ce cas, les alliages sont brevetables, pour éviter des inégalités de traitement avec les alliages qui n'impliquent pas de liaisons chimiques. Cette disposition est nouvelle ⁵¹⁵.

Qu'est-ce qu'un alliage ? Anciennement, il s'agissait du mélange de métaux en fusion. Blum/Pedrazzini ⁵¹⁶ citent l'Encyclopedia of Chemical Technology, selon laquelle l'alliage est défini par la Société Américaine pour les Métaux comme un mélange composé de deux éléments ou plus, dont l'un au moins est un métal. Le Bureau fédéral défend une autre opinion : serait un alliage un mélange correspondant à la définition ci-dessus, à condition qu'il ne puisse être considéré comme chimique, c'est-à-dire à condition qu'il n'y ait pas entre ses composants des liaisons stéchiométriques ⁵¹⁷. La doctrine ⁵¹⁸ fait valoir avec raison qu'une telle interprétation viderait de son sens l'exception posée par l'art. 2 ch. 4 LBI en faveur des alliages.

⁵¹¹ ATF 93 II 515.

⁵¹² Cf. ATF 79 I 83.

⁵¹³ Cf. Message du CF du 28 déc. 1951, FF 1952 I p. 26 ; Vonarburg, p. 61 ; Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 25 t. I p. 262.

⁵¹⁴ Vonarburg, p. 60 ss ; Stellen, p. 118 ; Bumbacher, p. 103 ; Blum/Pedrazzini, *ibid.* ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 205.

⁵¹⁵ Cf. Message du CF du 25 avr. 1950, FF 1950 I p. 964.

⁵¹⁶ New York, 1947 ; Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 26, t. I p. 268.

⁵¹⁷ Blum/Pedrazzini, *ibid.*

⁵¹⁸ Blum/Pedrazzini, *ibid.* ; Dürr, art. 2 p. 27 ; de Mestral, p. 272.

b) Droit français

aa) Les compositions pharmaceutiques ou remèdes

A. *Généralités*: L'art. 3 de la loi du 5 juillet 1844 déclare non brevetables les compositions pharmaceutiques ou remèdes, sous réserve des dispositions relatives aux brevets spéciaux de médicaments. Cette interdiction est due, comme en Suisse, à la crainte du législateur de voir se constituer des monopoles dans la fabrication de produits nécessaires à la santé publique et à son désir de lutter contre le charlatanisme ⁵¹⁹. Cette exclusion a été combattue depuis longtemps. Aussi l'art. 3 modifié par la loi du 27 janvier 1944 précise-t-il qu'elle ne s'applique pas aux procédés, dispositifs et autres moyens servant à l'obtention des remèdes. Cette disposition paraît superflue, étant donné que la loi n'excluait pas la protection des procédés de fabrication et que ceux-ci ont toujours été considérés comme brevetables en France ⁵²⁰.

La loi ne définit pas les compositions pharmaceutiques ou remèdes. Aussi la jurisprudence française utilise-t-elle les définitions données par les lois spéciales sur la pharmacie. C'est ainsi que le Tribunal civil de la Seine a jugé, le 28 avril 1949 ⁵²¹ : « Par composition pharmaceutique ou remède, il faut entendre, conformément à la loi du 11 septembre 1941, toutes drogues, substances ou compositions possédant des propriétés curatives ou préventives, et conditionnées en vue de la vente au poids médicinal. L'inscription d'un produit au Codex ne lui confère pas nécessairement le caractère de médicament. » Les médicaments tombant sous le coup de l'art. 3 sont donc ceux définis par la loi du 11 septembre 1941.

Comme on le voit, cette définition inclut les médicaments vétérinaires ⁵²². Il en va de même en droit suisse ⁵²³.

L'interdiction frappant les remèdes, qui avait déjà perdu beaucoup de son importance, voire toute signification, depuis l'institution du brevet spécial de médicament en 1960, a été complètement effacée par la loi du 2 janvier 1968. Elle ne présente donc d'intérêt que pour les brevets de médicaments demandés avant 1960.

B. *Le procédé d'analogie en droit français*: Les théories germaniques de l'effet technique ont été reprises en France par certains auteurs, en particulier par Fernand-Jacq ⁵²⁴. Ceux-ci utilisent la théorie de l'effet technique, ou, plus précisément, de l'effet thérapeutique, pour défendre la brevetabilité de procédés connus appliqués à la fabrication de substances nouvelles possédant des propriétés médicales. Fernand-Jacq cite des arrêts qui se sont fondés sur les qualités du produit pour admettre la brevetabilité du procédé. Cependant, dans tous les exemples cités par cet auteur, le produit était brevetable pour lui-même, ce qui leur enlève beaucoup de leur force. L'auteur donne du reste surtout des raisons économiques pour défendre la brevetabilité du procédé d'analogie destiné à l'obtention d'un remède.

Quoi qu'il en soit, la question a perdu tout intérêt depuis l'institution du Brevet spécial de Médicament.

C. *Le Brevet spécial de Médicament*: Le Brevet spécial de Médicament (BSM) a été institué par l'ordonnance n° 59-250 du 4 février 1959 ⁵²⁵ modifiant les art. L. 603, 604 et 605 du Code de la Santé publique. Le décret 60-507 du 30 mai 1960 ⁵²⁶ réglemente la délivrance du BSM dont l'ordonnance pose le principe.

⁵¹⁹ Casalonga, t. I n° 218 ; Moureaux/Weismann, n° 56 ; Roubier, t. II p. 96.

⁵²⁰ Pouillet, n° 73 ; Roubier, t. II p. 98.

⁵²¹ Ann. 1951 p. 143.

⁵²² Roubier, t. II p. 97.

⁵²³ Cf. Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 9 t. I p. 212.

⁵²⁴ Ann. 1957 p. 1 ss.

⁵²⁵ JO 8 fév. 1959.

⁵²⁶ JO 31 mai 1960.

Cette ordonnance avait pour but de donner satisfaction à ceux qui réclamaient depuis longtemps, et à juste titre, une protection pour les médicaments ⁵²⁷.

Selon l'art. 1^{er} du décret du 30 mai 1960 (portant application de l'art. L. 603 du Code de la Santé publique instituant des brevets spéciaux de médicaments), les médicaments soumis à cette loi sont définis par l'art. L. 511 du Code de la Santé publique :

On entend par médicament toute drogue, substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines et conditionnée en vue de l'usage au poids médicinal, ainsi que tout produit destiné à être administré à l'homme en vue du diagnostic médical et tout produit diététique qui renferme dans sa composition des substances chimiques ou biologiques ne constituant pas par elles-mêmes des aliments, mais dont la présence confère à ce produit des propriétés spéciales recherchées en thérapeutique diététique, soit des propriétés de repas d'épreuve; les produits hygiéniques s'ils ne contiennent pas de substances vénéneuses, les produits utilisés pour la désinfection des locaux et pour la prothèse dentaire ne sont pas considérés comme des médicaments.

Il s'agit là du texte en vigueur jusqu'en 1967. Une ordonnance du 23 septembre 1967, n° 67-827 ⁵²⁸ a toutefois modifié cette disposition, qui a actuellement la teneur suivante :

On entend par médicament toute substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines ou animales, ainsi que tout produit pouvant être administré à l'homme ou à l'animal, en vue d'établir un diagnostic médical ou de restaurer, corriger ou modifier leurs fonctions organiques.

Sont notamment des médicaments les produits hygiéniques contenant des substances vénéneuses et les produits diététiques qui renferment dans leur composition des substances chimiques ou biologiques ne constituant pas par elles-mêmes des aliments, mais dont la présence confère à ces produits soit des propriétés spéciales recherchées en thérapeutique diététique, soit des propriétés de repas d'épreuve.

Les produits utilisés pour la désinfection des locaux et pour la prothèse dentaire ne sont pas considérés comme des médicaments.

Les médicaments vétérinaires sont soumis à la législation particulière les concernant.

Le nouveau texte, plus précis que l'ancien, introduit le médicament vétérinaire dans la définition. Il ne s'ensuit pas toutefois que celui-ci ait pu être couvert depuis 1967 par un BSM : l'art. 3 du décret du 30 mai 1960 limite en effet cette protection aux inventions touchant à la « thérapeutique humaine ».

Cette solution était assez illogique, il faut en convenir. Aussi le rapporteur de 1968, M. Maurice Herzog, a-t-il pu parler d'une « véritable anomalie de la loi française » ⁵²⁹ supprimée par la loi nouvelle.

Les produits servant au diagnostic doivent être brevetés en tant que médicaments ⁵³⁰.

⁵²⁷ Cf. Mathély/Plaisant, fasc. VIII coté 5 1964 n° 13 et citations.

⁵²⁸ JO 28 sept. 1967.

⁵²⁹ JO Ass. Nat. 1966-67 document annexe n° 244 p. 1593.

⁵³⁰ Concernant la notion de médicament selon la loi du 5 juillet 1844, cf. Auby JCP 1962 I 1708 ; Mathély/Plaisant, fasc. VIII coté 5 1964 n° 23.

D. *Le régime de la loi du 2 janvier 1968*: La loi du 2 janvier 1968 a aboli la discrimination frappant les médicaments. Certaines dispositions particulières sont toutefois demeurées, qui sont « destinées à sauvegarder les intérêts particuliers de la santé publique »⁵³¹.

E. *Les conditions de la brevetabilité d'un médicament*

AA. *Généralités*: L'art. 3 du décret du 30 mai 1960 est libellé comme suit :

Est susceptible d'être valablement breveté comme médicament nouveau, tout produit et toute substance ou composition conforme à la définition de l'art. L. 511 du Code de la Santé publique, présenté pour la première fois comme posédant en thérapeutique humaine des propriétés curatives, préventives, diététiques ou utilisables pour l'administration à l'homme en vue du diagnostic. Toutefois n'est pas considérée comme médicament toute composition dont les propriétés ne sont pas différentes de l'addition des propriétés de ses constituants.

Cette disposition a été reprise dans l'art. 10 L. 2 janvier 1968, aux termes duquel « une invention portant sur un médicament ne peut être valablement brevetée que si elle a pour objet un produit, une substance ou une composition présentée pour la première fois comme constituant un médicament au sens de l'art. L. 511 du Code de la Santé publique ».

Se référant au nouvel article L. 511, la définition de la loi de 1968 englobe donc les médicaments vétérinaires, contrairement à celle du Brevet spécial de Médicament⁵³².

Ni le décret du 30 mai 1960 ni la loi nouvelle n'exigent que le produit, la substance ou la composition soit nouveau. Il doit être présenté pour la première fois comme offrant des vertus curatives. Autrement dit, la nouveauté ne doit pas nécessairement résider dans la composition elle-même, mais peut se trouver uniquement dans l'application du produit en tant que moyen thérapeutique. C'est donc sur la qualité curative seule que doit porter la nouveauté. La revendication porterait en Suisse sur « l'utilisation d'un produit ». Un produit connu peut être breveté en tant que médicament, si cette application est nouvelle. Un même produit pourra donc recevoir la protection ordinaire en tant que produit nouveau, s'il a aussi une utilité autre que médicale et en même temps se trouver protégé dans son utilisation curative par le brevet de médicament⁵³³. La loi nouvelle semble permettre au breveté de revendiquer les deux utilisations dans un seul brevet.

Rien n'empêche que le second brevet, portant sur l'utilisation thérapeutique du produit, soit pris par un autre inventeur que celui du produit lui-même.

L'art. 30 L. 2 janvier 1968 règle ce cas : « Les droits attachés à un brevet de produit qui ne décrit pas d'application thérapeutique de ce produit ne s'étendent pas à l'utilisation dudit produit pour la fabrication de médicaments... » Autrement dit, la revendication de produit peut être opposée, par exemple, à une application du produit comme herbicide, mais non comme médicament⁵³⁴. Cette disposition n'existait pas sous le régime du BSM.

Un médicament, connu en tant que tel, peut-il être breveté dans une utilisation curative nouvelle et différente de celle connue jusqu'alors ? Selon l'art. 3 du décret

⁵³¹ M. Herzog, JO Ass. Nat. 1966-67 document annexe n. 244 p. 1593.

⁵³² Mathély/Plaisant, fasc. III à XXXVIII coté 5 1969 n° 50

⁵³³ Mathély/Plaisant, fasc. VIII coté 5 1964 n° 26 ; Armengaud, Avis présenté au nom de la Commission des Finances..., JO Sénat 1967-68 document annexe n° 46, p. 20.

⁵³⁴ Armengaud, *op. cit.*, p. 21.

du 30 mai 1960, n'étaient brevetables que les produits « présentés pour la première fois comme possédant en thérapeutique humaine des vertus curatives... ». Apparemment, un produit déjà utilisé comme médicament n'était pas brevetable dans une seconde application thérapeutique, puisqu'il aurait alors été présenté pour la deuxième fois comme possédant des vertus curatives.

Cette interprétation ne paraît toutefois pas être la bonne. La disposition en question avait en effet été précédée par un avis du Ministère de la Santé publique, précisant que devait donner lieu à un BSM valable l'utilisation thérapeutique nouvelle d'un médicament connu. Seule importe la nouveauté de l'utilisation curative : il est indifférent que le produit soit connu ou non et que ses utilisations connues soient thérapeutiques ou non⁵³⁵. Il semble que l'art. 10 L. 2 janvier 1968 exclue une telle interprétation.

BB. *La nouveauté du brevet de médicament*

— *Loi du 5 juillet 1844*: L'art. 6 du décret du 30 mai 1960 reprend presque mot à mot l'art. 31 de la loi de 1844 :

N'est pas réputé nouveau tout médicament qui, en France ou à l'étranger et antérieurement à la date du dépôt de la demande du brevet spécial, a reçu une publicité suffisante pour pouvoir être réalisé ou qui se trouve décrit d'une manière suffisante pour permettre sa réalisation dans un brevet spécial français de médicament non encore communiqué au public mais bénéficiant d'une date antérieure.

Ce premier alinéa ne présente guère de différence avec les conditions de la nouveauté prévues à l'art. 31 de la loi du 5 juillet 1844, mais il faut noter que le brevet normal ne peut antérioriser le BSM.

Le second alinéa concerne la question de l'invention brevetée selon les deux régimes :

Un brevet spécial de médicament ne peut faire obstacle à la nouveauté de l'objet d'un brevet d'invention ultérieur déposé par le titulaire du brevet spécial ou ses ayants droit antérieurement à la communication au public dudit brevet spécial.

Pour ce qui est des brevets soumis à la loi générale, l'art. 31 L. 5 juillet 1844 dit que toute invention est antériorisée par un brevet français portant sur le même objet, même non publié, mais bénéficiant d'une date antérieure. L'art. 6 al. 2 du décret avait donc créé un traitement spécial : si le brevet bénéficiant d'une date antérieure était un BSM, si, en outre, le brevet ordinaire postérieur était déposé par le titulaire du BSM, et si, enfin, ce brevet ordinaire postérieur était déposé avant la publication du BSM, alors ce BSM ne détruisait pas la nouveauté du brevet ordinaire postérieur⁵³⁶.

Cette exception était destinée à éviter que l'inventeur d'un produit capable de servir à des fins thérapeutiques aussi bien qu'à d'autres buts ne se voie privé de la protection pour la simple raison qu'il avait déposé un brevet de médicament avant de demander la protection pour les autres utilisations possibles. Si le brevet postérieur était déposé par un autre que le titulaire du BSM, il était alors antériorisé par ce BSM⁵³⁷.

En revanche, un brevet ordinaire non encore divulgué n'était pas opposable à la nouveauté de l'objet d'un BSM : puisque le brevet était soumis au régime ordi-

⁵³⁵ Cf. Houssard, *Ann.* 1960 II p. 49 ; Mathély/Plaisant, fasc. VIII coté 5 1969 n° 29.

⁵³⁶ Mathély/Plaisant, fasc. VIII coté 5 1964 n° 31.

⁵³⁷ Mathély/Plaisant, *ibid.*

naire, il ne dévoilait que les usages non thérapeutiques du produit; il ne pouvait par conséquent antérioriser un brevet couvrant cette utilisation thérapeutique.

— *Loi du 2 janvier 1968*: La loi nouvelle ne contient pas de disposition spéciale relative à la nouveauté du brevet de médicament. On a vu toutefois que l'art. 30 L. 2 janvier 1968 restreint la portée du brevet de produit aux utilisations non médicales, s'il n'indique aucun emploi thérapeutique. Il s'ensuit logiquement qu'un tel brevet n'antériorise pas le brevet de médicament⁵³⁸. Le régime du BSM reste inchangé sur ce point.

Le dépôt d'un brevet de médicament fait-il obstacle à la nouveauté d'un brevet ultérieur portant sur le même produit utilisé à une autre fin? Le déposant n'étant plus tenu de prendre deux brevets distincts, comme c'était le cas sous l'ancien régime⁵³⁹, la question a perdu son intérêt et la nouvelle loi ne prévoit rien à ce sujet. Il y a donc tout lieu de penser que les règles générales s'appliquent en l'espèce, et que le brevet de médicament peut antérioriser un autre brevet portant sur les applications non médicales du même produit.

CC. *Les autres conditions de la brevetabilité*: L'art. 3 al. 2 du décret du 30 mai 1960 précise que « n'est pas considérée comme médicament nouveau toute composition dont les propriétés ne sont pas différentes de l'addition des propriétés connues de ses constituants ». C'est la fixation dans la loi d'un principe général et ancien de la jurisprudence du droit des brevets, selon lequel la juxtaposition de moyens connus, sans coopération de ces moyens à un résultat d'ensemble, n'est pas brevetable. Ce principe est reconnu aussi bien en Suisse qu'en France; mais le droit français rattache cette condition à la nouveauté: « Ne sera pas considérée comme médicament nouveau... »; alors que la jurisprudence suisse considère la juxtaposition comme l'un des cas où manque le « niveau inventif » (*Erfindungshöhe*).

Quant au brevet de médicament soumis à la loi nouvelle, il obéit aux règles générales de la brevetabilité.

F. *Avis documentaire et droit de priorité unioniste*: Le BSM a bénéficié dès 1960 du système de l'avis documentaire, qui a été étendu aux autres brevets par la loi nouvelle. Selon la loi actuelle, l'invention de médicament est soumise au régime commun sur ce point. Il en va de même de la revendication de la priorité unioniste, qui faisait l'objet de dispositions spéciales avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

bb) *Les plans et combinaisons de crédit ou de finances*: Les plans et combinaisons de crédit ou de finances sont expressément exclus de la brevetabilité par l'art. 3, ch. 2, de la loi de 1844. Il s'agit là d'une précision due au souvenir de brevets, portant sur de tels plans, pris lors de la Révolution⁵⁴⁰. Cette disposition, reprise par l'art. 7 al. 2 ch. 3 de la loi du 2 janvier 1968, est superflue, car, de toute manière, ces plans et combinaisons dépourvus de caractère industriel ne sont pas brevetables⁵⁴¹.

3. *Les inventions exclues de la protection et la Convention de Strasbourg du 27 novembre 1963*: La Convention européenne de Strasbourg sur « l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention » du 27 novembre 1963, dont les dispositions sont reprises dans le projet de convention instituant un système européen de délivrance de brevets, concerne directement les inventions exclues de la

⁵³⁸ Cf. *supra*, p. 79; Avis présenté au nom de la commission des Finances... par M. Armengaud, JO Sénat 1967-68 document annexe n° 46 p. 20.

⁵³⁹ Armengaud, *ibid*.

⁵⁴⁰ Roubier, t. II p. 96.

⁵⁴¹ Roubier, t. II p. 95.

brevetabilité, et en particulier les inventions de substances chimiques. Elle ne mentionne pas la possibilité de les exclure de la protection. Elle obligera donc les Etats signataires à accorder une protection aux substances chimiques, et non seulement aux procédés de fabrication.

En ce qui concerne les autres inventions exclues de la protection, l'art. 2 prévoit que les Etats contractants ne sont pas tenus de prévoir de protection pour les inventions dont la publication ou la mise en œuvre serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs; il reprend les termes de l'art. 4 *quater* de la Convention de Paris introduit à Lisbonne, déclarant que la mise en œuvre d'une invention ne peut être considérée comme contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs du seul fait qu'elle est interdite par une disposition légale ou réglementaire.

L'art. 2, litt. *b*, admet d'autre part que les variétés végétales, ainsi que les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, ne soient pas protégées; cette disposition ne s'applique pourtant pas aux procédés microbiologiques et aux produits obtenus par ces procédés. Toute la difficulté sera bien entendu de fixer la frontière entre les variétés végétales et les procédés essentiellement biologiques d'une part, et les procédés microbiologiques et leurs produits d'autre part.

L'art. 12 al. 1 litt. *a* prévoit que, pendant dix ans à compter de l'entrée en vigueur de la convention à l'égard d'un Etat contractant, celui-ci pourra refuser la protection aux produits alimentaires et aux produits pharmaceutiques en tant que tels, ainsi qu'aux procédés agricoles ou horticoles qui ne sont pas essentiellement biologiques. Après l'écoulement de ce délai de dix ans, seules pourront être exclues de la brevetabilité les inventions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs, les variétés végétales et espèces animales, ainsi que les procédés essentiellement biologiques destinés à leur obtention.

En droit suisse, seule demeurera de l'art. 2 LBI actuel la prohibition relative aux inventions contraires aux bonnes mœurs.

Quant à la loi française actuelle, elle est précisément destinée à introduire en France les principes de la Convention de Strasbourg et ne devra pas être adaptée.

V LE NIVEAU INVENTIF

1. *Généralités*: L'invention ne doit pas seulement être nouvelle; il faut encore qu'elle diffère suffisamment de la technique existante pour n'être pas évidente. Or, dès que l'on dépasse le stade de la simple nouveauté, on entre inévitablement dans le domaine de l'appréciation subjective. En effet, dès que l'on exige que l'invention se distingue non seulement de ce qui a été expressément exposé au public, mais encore de ce qui est évident ou facile à concevoir, il s'agit de définir cette notion d'évidence ou de facilité, qui varie selon le savoir, l'intelligence et l'imagination de chaque individu. L'évidence ou la facilité dans un même domaine n'est pas la même pour un profane et un titulaire du Prix Nobel.

Il est bien entendu impossible d'utiliser, comme critère de la plus ou moins grande facilité d'accès à l'invention, le savoir et l'intelligence des spécialistes les plus éminents dans le domaine en question : seules quelques rares inventions extrêmement élaborées seraient alors protégées, l'immense majorité des nouveautés techniques étant à la portée de ces gens-là.

D'autre part, il n'est pas possible non plus de protéger toute nouveauté, quel qu'en soit le niveau, ni d'écarter les seules inventions qui étaient à la portée de n'importe quel ignorant peu doué. L'octroi de monopoles exclusifs interdisant à l'industrie d'utiliser des créations constituant des évidences pour les gens du métier mettrait des entraves prohibitives au développement économique⁵⁴². Ce qui est à la portée de la collectivité ne doit pas lui être enlevé⁵⁴³. Il s'agit donc de laisser, entre ce qui est connu et l'invention brevetable, une zone qui permette à l'industrie d'exploiter librement les nouveautés mineures qui apparaissent dans le cours de son développement normal⁵⁴⁴. Aussi la jurisprudence de tous les Etats qui protègent les inventions s'est-elle attachée à la construction d'un critère intermédiaire destiné à l'appréciation du degré d'originalité d'une invention. Les tribunaux suisses ont fait usage de la notion d'« idée créatrice » ou de « niveau inventif », dont l'invention témoigne si elle est hors de portée du « technicien bien instruit » ; quant aux tribunaux français, ils utilisent les concepts d'« emploi nouveau », de « tour de main » et de « juxtaposition » non brevetables. La loi française actuelle a introduit le critère de l'« activité inventive », synonyme de « non-évidence » (art. 9 L. 2 janvier 1968).

2. *Droit suisse: L'idée créatrice et le niveau inventif (Erfindungshöhe)*: La jurisprudence suisse la plus ancienne mentionne l'« idée créatrice » comme condition de la brevetabilité : en 1890, le Tribunal fédéral posait déjà que, pour être protégée, « une invention suppose toujours une pensée créatrice produisant un résultat technique

⁵⁴² Cf. notamment ATF 85 II 138.

⁵⁴³ ATF 63 II 271 (JT 1938 I 43).

⁵⁴⁴ Blum, p. 35 ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 182 ; Steck, p. 71 ; Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 20 t. I p. 118 ; Busse, § 1 rem. 3 ; de Mestral, p. 172.

nouveau, un effet technique différent de ce qui était connu jusque-là »⁵⁴⁵. L'invention devait donc être originale⁵⁴⁶, dépasser la simple technique courante⁵⁴⁷, c'est-à-dire être hors de portée de l'homme du métier⁵⁴⁸ convenablement instruit⁵⁴⁹.

Malgré cette nette exigence d'un certain niveau inventif, le Tribunal fédéral a maintenu, jusqu'en 1937, que « la protection légale ne saurait être refusée à une invention sous le prétexte que l'effort créateur a été de minime importance »⁵⁵⁰.

Cette jurisprudence paraît peu logique : il est contradictoire d'exiger qu'une invention soit assez originale pour dépasser la technique courante et les capacités de l'homme du métier, et de dénier en même temps toute importance au degré d'activité intellectuelle nécessaire à sa réalisation. Aussi la jurisprudence fédérale a-t-elle oscillé entre ces deux pôles : dans un arrêt du 29 janvier 1904⁵⁵¹, le Tribunal fédéral avait abaissé le niveau exigible de l'invention jusqu'à admettre qu'une idée était brevetable à la seule condition d'être nouvelle ; il était par la suite revenu sur cette position extrême, en soulignant qu'elle ne prenait pas suffisamment en considération l'idée créatrice, toujours considérée comme essentielle à la notion d'invention et opposée à l'amélioration qu'on pourrait attendre de l'homme de l'art⁵⁵². L'importance de l'idée créatrice avait de nouveau été rappelée en 1923⁵⁵³.

⁵⁴⁵ ATF 16 592 (JT 1890 I 529) ; voir également : ATF 20 677 (JT 1894 I 672), 21 298, 25 II 991 (JT 1900 I 568), 26 II 229 (JT 1901 I 27), 27 II 248 (Ann. jur. IX 1901 n° 61 p. 21), 29 II 173, 29 II 350, 29 II 731 (JT 1905 I 80), 29 II 573, 30 II 106 (Ann. jur. XII 1904 n° 60 p. 23), 30 II 337 (Ann. jur. XII 1904 n° 63 p. 24), 31 II 155, 33 II 636 ; TF 25 sept. 1908, Steiner c. Seiler, JT 1909 I 190 ; ATF 34 II 55, 34 II 762 (Ann. jur. XVI 1908 n° 96 p. 38), 35 II 448, 36 II 262 (Ann. jur. XVIII 1910 n° 71 p. 32), 37 II 266 (JT 1912 I 532), 38 II 279, 38 II 685, 43 II 112, 43 II 523, 44 II 203, 48 II 291 (JT 1922 I 447), 49 II 136 (JT 1923 I 387 ss), 49 II 146, 56 II 141 (JT 1930 I 429), 57 II 222 (JT 1931 I 426), 58 II 78 (JT 1933 I 380), 59 II 325 (JT 1934 I 527), 61 II 52 (JT 1935 I 471), 63 II 271 (JT 1938 I 40) ; TF 30 juin 1937, Svibeisa AG. c. Schinken AG..., JT 1938 I 73 ; ATF 63 II 279, 67 II 57 (JT 1941 I 338), 69 II 180 (JT 1943 I 519), 69 II 192 (JT 1943 I 551), 69 II 421 (JT 1944 I 324), 71 II 296 (JT 1946 I 310), 74 II 140, 81 II 292 (JT 1956 I 342), 82 II 251, 85 II 138, 85 II 513, 89 II 108 (JT 1963 I 611), 89 II 156 (JT 1963 I 612), 92 II 290, 92 II 48 (JT 1966 I 614), 93 II 512, 94 II 325.

⁵⁴⁶ ATF 63 II 271 (JT 1938 I 41), 58 II 61 (JT 1933 I 375), 49 II 136 (JT 1923 I 387), 48 II 293 (JT 1922 I 447), 49 II 523, 34 II 762 (Ann. jur. XVI 1908 n° 96 p. 38), 29 II 573, 27 II 248, 26 II 229 (JT 1901 I 27), 21 298, 16 592 (JT 1890 I 531) ; TF 18 déc. 1903, Kugler... c. Rasario et Violet, JT 1904 I 253.

⁵⁴⁷ ATF 16 592 (JT 1890 I 531 : « modifications..., telles que les fabricants ou les ouvriers ont coutume, dans le commerce ordinaire, de les apporter à leurs produits... »), 21 298 (« modifications, que les fabricants ou les ouvriers ont coutume d'introduire... au cours de l'exploitation industrielle ordinaire »), 26 II 229 (JT 1901 I 27 : « habileté technique » ; p. 28 : « tour de main » ; p. 29 : « simple habileté industrielle... »), 29 II 350 (« eine im gewöhnlichen Gewerbetrieb vorkommende, handwerksmässige... Neuerung »), 30 II 106 (« bloss technische Geschicklichkeit »), 33 II 636 (« bloss handwerksmässige Verbesserung »), 34 II 56 ss (« täglich verwendete Handgriffe » ; p. 57 : « gewöhnlichste handwerksmässige Kunstgriffe »), 35 II 448 (« bloss eine handwerksmässige Verbesserung des bereits Gegebenen »), 36 II 262 (Ann. jur. XVIII 1910 n° 71 p. 32 : « amélioration purement pratique »), 38 II 685 (« keine Überschreitung des rein handwerklichen Könnens »), 49 II 523 (« Erzeugnis technischer Geschicklichkeit, sowie Entdeckungen, die bloss bereits vorhandenes enthüllen »), 48 II 293 (JT 1922 I 447 : « usage courant »), 49 II 139 (JT 1923 I 389), 56 II 141 (JT 1930 I 429), 59 II 325 (JT 1934 I 527).

⁵⁴⁸ TF 24 mai 1901, Philippe et Roussel c. Goerz, JT 1902 I 396 ss ; ATF 16 592 (JT 1890 I 531), 21 298, 34 II 56, 38 II 685, 49 II 139 (JT 1923 I 389), 56 II 141 (JT 1930 I 429), 59 II 325 (JT 1934 I 527).

⁵⁴⁹ ATF 49 II 139 (JT 1923 I 389 : artisan qui connaît son métier).

⁵⁵⁰ ATF 30 II 338 (Ann. jur. XII 1904 n° 63 p. 24) ; cf. également : ATF 20 682, 43 II 524, 58 II 72 (JT 1933 I 371), 49 II 137 (JT 1923 I 388).

⁵⁵¹ ATF 30 II 107.

⁵⁵² ATF 33 II 636.

⁵⁵³ ATF 49 II 136 (JT 1923 I 389) : le Tribunal fédéral semble cependant faire une erreur, en affirmant que « l'ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral considèrerait... que dans la règle l'existence d'une invention pouvait être admise aussitôt qu'on était en présence de quelque chose de nouveau et d'utile que personne n'avait encore trouvé. » : on a vu, en effet, que la jurisprudence a tenu compte dès le début de l'idée créatrice (cf. arrêts cités n. 542 à 546).

En 1933⁵⁵⁴, modérant derechef ses exigences, le Tribunal fédéral avait rappelé que le degré d'originalité de l'invention était indifférent. On doit observer toutefois que, même dans les arrêts où il avait fixé le niveau inventif au plus bas, le Tribunal fédéral soulignait que la brevetabilité n'était acquise qu'aux innovations révélant une idée créatrice⁵⁵⁵. En effet, il est impossible d'admettre en pratique que la somme d'activité intellectuelle est indifférente dans l'appréciation de la présence de l'invention : une telle position aurait logiquement dû conduire le Tribunal fédéral à octroyer un monopole à n'importe quelle nouveauté. Si, par exemple, les changements de dimensions⁵⁵⁶ ou de formes⁵⁵⁷ n'ont pas été considérés comme le produit d'une activité créatrice, c'est bien parce que l'activité intellectuelle nécessaire en l'espèce était trop faible, et non parce qu'ils différaient par leur nature des dispositifs admis à la protection. La jurisprudence du Tribunal fédéral jusqu'en 1937 ne faisait donc que fixer l'exigence de l'activité créatrice à un niveau très bas. Cette mansuétude visait à compenser l'absence d'une loi protégeant les modèles d'utilité en Suisse⁵⁵⁸.

Le fameux arrêt *Philips c. Betschard et Astron*, du 9 juin 1937⁵⁵⁹, marque l'abandon définitif du principe selon lequel le degré d'ingéniosité de l'invention était indifférent : « Il faudra de nouveau, pour définir la notion de l'invention, se montrer plus exigeant quant à la mesure de l'activité intellectuelle nécessaire. L'originalité de l'idée créatrice doit de nouveau passer au premier plan; il faudra par conséquent exiger de l'activité de l'inventeur quelque chose de qualitativement différent de ce que peut faire la simple habileté d'un homme du métier. On devra pour le moins exiger que le problème ne soit pas facile au point que sa solution, si elle représente un progrès technique, puisse être trouvée par n'importe quel homme du métier, de bonne formation professionnelle. »⁵⁶⁰ Le Tribunal fédéral ne crée donc pas de nouveau critère (l'emploi de l'expression « de nouveau » le montre assez); il met simplement l'accent sur la différence opposant l'invention brevetable et l'innovation ressortissant à la technique courante, et élève ainsi en fait le niveau exigible⁵⁶¹. Les concepts de « technique courante » et de « l'homme du métier » étaient déjà utilisés dans l'ancienne jurisprudence⁵⁶². Il nous paraît donc inexact de dire, comme de Mestral⁵⁶³, que ces notions datent de 1937; elles figurent même dans l'arrêt *Hess c. Hugenschmidt-Suter*⁵⁶⁴ cité par le Tribunal fédéral comme celui où le niveau inventif est le plus bas⁵⁶⁵.

Depuis l'arrêt *Philips*, le Tribunal fédéral utilise fréquemment l'expression « niveau inventif » ou « niveau de l'invention » (*Erfindungshöhe*) pour désigner le degré minimum d'originalité de l'invention brevetée⁵⁶⁶; la notion d'idée créatrice est toujours employée⁵⁶⁷.

⁵⁵⁴ ATF 58 II 65 (JT 1933 I 380).

⁵⁵⁵ Voir arrêts cités sous n. 551 à 554.

⁵⁵⁶ ATF 34 II 56.

⁵⁵⁷ ATF 27 II 248.

⁵⁵⁸ ATF 43 II 524, 49 II 138 (JT 1923 I 387).

⁵⁵⁹ ATF 63 II 271 (JT 1938 I 40).

⁵⁶⁰ ATF 63 II 275 (JT 1938 I 44).

⁵⁶¹ Cf. de Mestral, p. 181.

⁵⁶² Cf. n. 547-548.

⁵⁶³ De Mestral, *loc. cit.*

⁵⁶⁴ ATF 49 II 136 (JT 1923 I 389).

⁵⁶⁵ ATF 63 II 271 (JT 1938 I 41).

⁵⁶⁶ Cf. ATF 63 II 271 (JT 1938 I 42), 69 II 180 (JT 1943 I 520), 69 II 188 (JT 1943 I 555), 69 II 421 (JT 1944 I 325), 71 II 296 (JT 1946 I 316), 74 II 140, 81 II 292 (JT 1956 I 343), 82 II 251, 85 II 142, 85 II 512, 87 II 269, 89 II 108 (JT 1963 I 611), 92 II 290, 92 II 48 (JT 1966 I 614), 93 II 512, 94 II 325. Le terme « *Erfindungshöhe* » a été créé, semble-t-il, par Wirth (GRUR 1906 P. 57).

⁵⁶⁷ Cf. arrêts cités sous n. 566 et : ATF 63 II 279, 67 II 57 (JT 1941 I 335), 89 II 166 (JT 1963 I 613).

Le concept d'idée créatrice n'est pas nettement défini : tantôt le Tribunal fédéral réserve ce terme à l'invention révélant une originalité suffisante⁵⁶⁸, tantôt il admet qu'une invention peut être fondée sur une idée créatrice sans être brevetable pour autant : « on ne saurait donc protéger tout progrès technique dû à une idée créatrice (cf. RO 63 II 271) »⁵⁶⁹.

Néanmoins, la jurisprudence la plus abondante ne voit d'idée créatrice que dans les inventions présentant le niveau inventif requis⁵⁷⁰. Selon les arrêts les plus récents⁵⁷¹, pour mesurer le degré d'originalité de l'invention «..., il faut se référer à l'état de la technique et rechercher si un homme du métier, possédant une bonne formation et connaissant ainsi l'état de la technique, était capable de réaliser l'invention, grâce à son expérience et à ses capacités, par un effort intellectuel normal (RO 85 II 138 et 513 et les arrêts cités) ».

Troller⁵⁷² critique cette exigence d'une idée créatrice : créer, c'est faire naître quelque chose de nouveau, et, par conséquent, une idée créatrice est simplement une idée qui apporte une nouveauté, quel que soit le niveau de cette dernière.

Il est exact que, l'essence de l'invention étant la nouveauté, celle-ci doit nécessairement reposer sur une idée créatrice. Cette identité a du reste été reconnue par le Tribunal fédéral⁵⁷³ : «..., l'invention devant être nouvelle, l'idée qu'elle concrétise ne peut être que créatrice ».

Néanmoins, le plus souvent, cette expression n'est pas utilisée pour désigner la nouveauté, mais, comme on l'a vu⁵⁷⁴, l'ingéniosité contenue dans la nouveauté examinée. Dans ce sens-là, « l'idée créatrice » dépasse la simple nouveauté.

A l'opposé de Troller, c'est cette acception-là que critiquent Blum/Pedrazzini⁵⁷⁵ : l'idée « créatrice » suggère quelque chose d'extraordinaire, d'un niveau intellectuel particulièrement élevé⁵⁷⁶. Si donc il est naturel d'admettre que toute idée créatrice est digne d'être protégée, il est illogique d'exclure toute invention qui ne résulte pas d'une telle idée : par exemple, l'invention due au hasard ne procède pas d'une activité intellectuelle « créatrice », ni l'invention résultant de recherches organisées systématiquement, qui exige plutôt une volonté opiniâtre ou un travail d'équipe⁵⁷⁷. Or, de telles nouveautés sont brevetables. Le critère de l'idée créatrice repose donc souvent sur une fiction ; il serait préférable de l'abandonner et de lui substituer la « norme d'enrichissement » (*Bereicherungsnorm*) de la technique ; il s'agit de tenir compte uniquement du progrès technique apporté par l'invention, mais d'un point de vue qualitatif⁵⁷⁸ ; autrement dit, il faut examiner si le progrès technique dépasse la « norme d'enrichissement », c'est-à-dire s'il était à la portée d'un homme du métier lors de sa conception⁵⁷⁹.

Cette théorie a été combattue avec une grande pertinence par le Tribunal fédéral dans l'arrêt *Fabrique suisse de ressorts d'horlogerie S. A. c. Hausheer et Nerfos S. à r. l.*⁵⁸⁰ : « Le progrès technique est toujours un résultat. Il constitue

⁵⁶⁸ Cf. arrêts cités n. 545 concernant la jurisprudence antérieure à 1937, et : ATF 63 II 279, 67 II 57 (JT 1941 I 338), 69 II 180 (JT 1943 I 519), 71 II 296 (JT 1946 I 311), 74 II 142, 81 II 292 (JT 1956 I 342), 82 II 252, 85 II 143, 85 II 512, 92 II 48 (JT 1966 I 614), 93 II 514, 94 II 319.

⁵⁶⁹ ATF 85 II 138 ; cf. également : ATF 69 II 188 (JT 1943 I 555), 87 II 269, 92 II 290.

⁵⁷⁰ Cf. n. 568.

⁵⁷¹ ATF 94 II 325.

⁵⁷² Troller, t. I (éd. 1968) p. 164-165.

⁵⁷³ ATF 85 II 139.

⁵⁷⁴ Cf. n. 568.

⁵⁷⁵ Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 20 t. I p. 118 ss.

⁵⁷⁶ Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 20 t. I p. 121.

⁵⁷⁷ Blum/Pedrazzini, *eod. loc.* p. 121-122.

⁵⁷⁸ Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 18 t. I p. 107, et rem. 20 p. 122-123.

⁵⁷⁹ Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 18 t. I p. 106.

⁵⁸⁰ ATF 85 II 138 ss.

l'aboutissement d'une activité intellectuelle, qui peut revêtir les formes les plus variées, allant de l'intuition subite à la recherche méthodique et persévérante. En outre, l'invention devant être nouvelle, l'idée qu'elle concrétise ne peut être que créatrice. La notion d'idée créatrice, loin d'être une fiction, se déduit donc nécessairement du fait que la réalisation de l'invention procède toujours d'un effort intellectuel qui ouvre une voie nouvelle dans la technique.» Observant ensuite que Blum/Pedrazzini admettent le critère de l'homme du métier utilisé par la jurisprudence, le Tribunal fédéral souligne qu'« il revient au même, ..., de juger si un homme du métier — ... — était en mesure d'obtenir un résultat déterminé ou d'apprécier s'il était capable de l'effort intellectuel dont cette réalisation est issue ». Le juge devra de toute façon se représenter l'effort intellectuel nécessaire et le comparer aux capacités de l'homme du métier.

Ces observations sont pleinement justifiées. On ne voit pas pourquoi les inventions résultant de recherches systématiques ou fruits du hasard ne seraient pas des « créations ». Blum/Pedrazzini semblent attribuer un sens presque magique à l'expression « idée créatrice » qui impliquerait nécessairement, selon eux, une sorte d'inspiration subite, une intuition, et exclurait le travail patient ⁵⁸¹. En fait, l'invention méthodique aussi bien que l'invention due au hasard peuvent être le résultat d'une activité créatrice. L'exclusion de l'invention méthodique paraît provenir, chez Blum/Pedrazzini, de l'idée que l'invention, pour être « créatrice », doit être condensée en une personne et dans un temps bref. Il est cependant indifférent que cette activité soit concentrée en une ou plusieurs personnes : ce qui compte, c'est que le résultat de cette activité dépasse les capacités de l'homme du métier; peu importe que l'activité de chacun des collaborateurs ne soit pas créatrice isolément, pourvu que l'activité de l'ensemble du groupe le soit. De même, il est indifférent que l'invention soit trouvée en peu de temps ou qu'elle ait exigé des années de travail et de recherches. Quant à l'invention faite « par hasard », elle n'existe pas : il faut toujours quelqu'un pour tirer logiquement une innovation technique de ce qui arrive fortuitement; certes, la chance peut accomplir une grande partie du travail créateur; mais l'activité ne sera pas moins créatrice du fait que le hasard y a contribué dans une large mesure ⁵⁸².

Il faut certes admettre que l'utilisation de l'expression « idée créatrice » peut prêter à confusion; sans être d'un romantisme aussi échevelé que le « flash of genius » de la jurisprudence des Etats-Unis ⁵⁸³, le terme « création » est souvent affublé d'une sorte d'auréole, en particulier dans les domaines artistique et littéraire. L'acception courante du terme ne revêt cependant nullement cet aspect extraordinaire; le sens particulier qu'on donne à cette expression dans certains cas ne doit pas faire obstacle à son utilisation normale en droit des brevets. S'il fallait en supprimer l'usage, ce serait plutôt parce qu'elle fait le plus souvent double emploi avec la notion de niveau inventif.

On inclut cependant parfois dans le niveau de l'invention, non seulement l'idée d'originalité, mais celle de progrès technique ⁵⁸⁴. Le concept d'idée créatrice peut donc constituer un moyen commode de désigner spécifiquement l'ingéniosité requise de l'invention brevetable.

Le critère de l'idée créatrice n'a pas toujours été appliqué de façon uniforme: après avoir élevé le niveau de l'invention dans l'arrêt Philips, le Tribunal fédéral

⁵⁸¹ Dans le même sens, cf. auteurs cités par Steck, p. 34 ss.

⁵⁸² Cf. Steck, p. 41; Egli, p. 8; Matter, RDS 1944 p. 344 a; Matthey, p. 56; de Mestral, p. 177. Weinstein, p. 24, se prononce dans un sens diamétralement opposé à l'opinion de Blum/Pedrazzini: «Le cas des inventions dues au hasard s'apparente, du reste, à celui des inventions dues à l'intuition.»

⁵⁸³ Cf. Boucourechliev, PI 1967 p. 302 et arrêts cités.

⁵⁸⁴ Cf. par exemple ATF 93 II 512; de Mestral, p. 159 et citations.

avait réservé le domaine de la petite mécanique « où il est naturel que, les possibilités d'invention restant d'ailleurs nombreuses, l'envergure de celles-ci soit réduite »⁵⁸⁵. Le Tribunal fédéral a toutefois renoncé à cette discrimination injustifiée⁵⁸⁶ (qui favorisait notamment l'horlogerie). Tous les domaines techniques sont actuellement soumis aux mêmes principes.

On peut d'ailleurs se demander si la jurisprudence fédérale, qui fixe un niveau inventif relativement élevé, équivalant à celui du droit allemand, correspond bien à la volonté du législateur. La commission des experts consultée par le Conseil fédéral pour l'élaboration de la loi du 25 juin 1954 avait en effet proposé de préciser dans l'article 1^{er} LBI que la protection était accordée à toute invention « quelle qu'en soit l'importance », afin d'abaisser le niveau déterminé par le Tribunal fédéral depuis l'arrêt Philips. Le Conseil fédéral avait écarté cette proposition en faisant valoir que, « si l'importance de l'invention doit être réellement indifférente, il n'est plus possible d'exiger que l'invention soit autre chose qu'un simple tour de main »⁵⁸⁷; le Conseil fédéral ajoutait que, de toute manière, personne ne songeait sérieusement à refuser toute protection aux petites inventions, et que d'ailleurs les tribunaux n'ignoraient certainement pas les désirs de l'industrie⁵⁸⁸. Or, le Tribunal fédéral n'a pas modifié sa jurisprudence. Il est vrai qu'il lui aurait été impossible, comme le souligne le Conseil fédéral, d'admettre la brevetabilité de n'importe quel tour de main. Il est évidemment nécessaire de fixer une limite, et l'on voit mal comment le Tribunal fédéral pourrait utiliser d'autres critères que ceux qu'il emploie actuellement.

3. Droit français: l'activité inventive

a) *Loi du 5 juillet 1844*: Il a été jugé de tout temps en France que l'importance et le mérite de l'invention étaient indifférents⁵⁸⁹. La position des juges français est donc, en principe, diamétralement opposée à celle des juges suisses. Il suffit que l'invention soit nouvelle au sens de l'art. 31 de la loi du 5 juillet 1844 (correspondant à l'art. 7 LBI), et qu'elle entre dans les catégories de l'art. 2 de cette loi: elle doit constituer un produit nouveau, un moyen nouveau ou une application nouvelle de moyens connus.

La doctrine dominante approuve cette jurisprudence; Pouillet⁵⁹⁰ écrit: « Ce que la loi envisage, c'est le service rendu à l'industrie, si grand ou si petit qu'il puisse être. Elle s'attache uniquement aux faits, sans se préoccuper de son origine ou de ses conséquences. Y a-t-il invention? Voilà tout ce que demande la loi. Si oui, elle ne considère ni la valeur de la découverte, ni l'importance de ses résultats, ni les efforts qu'elle a pu coûter. Tant mieux pour l'inventeur si sa découverte ne lui a demandé ni peine, ni dépenses d'argent, et si, par-dessus le marché, elle est fructueuse pour lui; tant pis, au contraire, si sa découverte a exigé de grands sacrifices pécuniaires, si elle est le prix d'un incessant labeur, si même elle a abrégé sa vie, et que, par un triste retour, elle ne lui soit pas profitable. Si la loi entrerait dans un pareil examen, où s'arrêterait-elle? Sur quels principes fonderait-elle ses

⁵⁸⁵ ATF 63 II 279.

⁵⁸⁶ ATF 74 II 141; cf. également ATF 69 II 424 (JT 1944 I 322).

⁵⁸⁷ Cf. message du CF du 25 avr. 1950, FF 1950 I p. 960-961; on peut observer que, comme plusieurs arrêts français, le Conseil fédéral confond ici importance et originalité de l'invention: or, en fait, une invention insignifiante peut être très originale, et vice versa.

⁵⁸⁸ Cf. message du CF du 25 avr. 1950, *ead. loc.*; message complémentaire du 28 déc. 1951, FF 1952 I p. 15.

⁵⁸⁹ Cf. auteurs et arrêts cités sous n. 137 et 161, et: Mousseron, p. 77; Gautier, n. sous Paris 15 mars 1961, Ann. 1962 p. 7; Valancogne, t. I n^{os} 457 ss p. 221 ss et n^{os} 488 ss p. 236 ss et arrêts cités; Mathély/Plaisant, fasc. IV coté 5 1958 n^{os} 35 ss et arrêts cités.

⁵⁹⁰ Pouillet, n^o 15; cf. n. 584.

jugements ? Comment définirait-elle le degré de travail qui mériterait d'être récompensé ? D'après quelles règles, enfin, apprécierait-elle la valeur et l'importance de l'invention ? » Ce passage de Pouillet est célèbre et souvent cité.

Les arrêts en ce sens sont nombreux ⁵⁹¹ : une jurisprudence plus que centenaire dénie toute influence au degré d'originalité dans la question de la brevetabilité.

On peut observer cependant que l'originalité n'est presque jamais considérée seule, mais qu'on l'associe le plus souvent à l'importance, à l'utilité, ou au progrès technique représenté par l'invention. Ces deux notions ne sont pas seulement mises sur le même pied, mais souvent confondues. C'est le cas en particulier dans l'arrêt, cité plus haut ⁵⁹², du Tribunal de la Seine ⁵⁹³, selon lequel on ne peut « tirer argument, pour en faire prononcer la nullité, de l'insuffisance d'*esprit inventif* présenté par la découverte, le seul critérium de la validité d'un brevet étant la nouveauté de l'invention, non son *importance* ».

Il s'agit pourtant là de deux notions tout à fait distinctes ⁵⁹⁴ : une invention peut être originale, témoigner d'un vif esprit inventif, et n'apporter cependant qu'un progrès médiocre, et inversement. Il paraît donc peu logique de confondre les deux concepts. Cette confusion n'est d'ailleurs pas propre au droit français : la doctrine allemande et suisse admet souvent que l'absence d'idée créatrice peut être compensée par un progrès important, et vice versa ⁵⁹⁵.

Le texte de Pouillet cité ci-dessus ⁵⁹⁶ se rapproche fortement de certaines critiques adressées par Blum/Pedrazzini ⁵⁹⁷ à l'idée créatrice : comme eux, Pouillet fait valoir que la loi ne peut se pencher sur la gestation et la genèse de l'invention, examiner si, oui ou non, l'invention a exigé un grand effort dans la réalité. La dépense intellectuelle de l'inventeur, selon Blum/Pedrazzini ⁵⁹⁸, relève tout au plus de la psychologie et non du droit. Il est toutefois évident ⁵⁹⁹ qu'il n'a jamais été question de prendre en considération la somme d'efforts livrée *in concreto* par l'inventeur au cours de son travail ; c'est le travail intellectuel nécessaire à la réalisation de l'invention qui est considéré et comparé aux capacités de l'homme du métier ; peu importe que ce travail ait été réalisé avec beaucoup de peine ou avec une grande facilité. La remarque de ces auteurs, comme celle de Pouillet, est donc exacte ; mais elle est à côté de la question et ne vise nullement le degré d'originalité exigé de l'invention.

Si la doctrine et la jurisprudence françaises dominantes ne veulent exiger de l'invention, apparemment, que la nouveauté formelle, à laquelle on ne peut opposer une antériorité de toutes pièces ⁶⁰⁰, elles ont trouvé un adversaire de taille

⁵⁹¹ Voir notamment : Cass. 13 déc. 1845, Dalloz 1846 I 46 ; Cass. civ. 9 fév. 1853, Dalloz 1853 I 94 ; Douai 17 août 1859, Ann. 1861 p. 9 ; Paris 31 mars 1863, Ann. 1863 p. 301 ; Aix 11 nov. 1865 et Cass. 14 mars 1865, Ann. 1865 p. 325 ; Trib. civ. Seine 14 fév. 1918, et Paris 6 mars 1920, Ann. 1920 p. 100 ; Paris 21 mai 1946 et Cass. civ. 17 juin 1949, Ann. 1950 p. 5 ; Trib. civ. Montpellier 22 nov. 1949, Ann. 1950 p. 86 ; Paris 1^{er} fév. 1954, Ann. 1954 p. 3 ; Paris 29 juin 1956, Ann. 1956 p. 293 ; Paris 20 nov. 1956, Ann. 1956 p. 286. Voir également les arrêts cités par Mathély/Plaisant, fasc. IV coté 5 1958 n° 39 et ceux, très nombreux, cités par Valancogne, t. I n°s 473 ss p. 228 ss.

⁵⁹² N. 591.

⁵⁹³ Ann. 1920 p. 100.

⁵⁹⁴ Cf. de Mestral, p. 148 et citations.

⁵⁹⁵ Cf. *infra*, VI Le progrès technique ; ATF 89 II 166 ; Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 18 t. I p. 107 et rem. 23 p. 131 ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 216 ss.

⁵⁹⁶ Pouillet, n° 15.

⁵⁹⁷ Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 20 t. I p. 119-120.

⁵⁹⁸ Blum/Pedrazzini, *ibid.*

⁵⁹⁹ Cf. notamment ATF 85 II 138.

⁶⁰⁰ Cf. par exemple Cass. 12 fév. 1964, Quot. jur. 1^{er} août 1964, et Bull. civ. de la Cour de Cassation, cité par Mathély/Plaisant, fasc. VII fiche jaune cotée 11 1968 n° 18.

en la personne du Doyen Roubier, qui, dans son traité *Le droit de la propriété industrielle* ⁶⁰¹, soutient au contraire que l'invention doit procéder d'une certaine activité inventive. On a vu ⁶⁰² que, selon cet auteur, l'activité inventive apporte un avantage inattendu qui n'est pas à la portée immédiate de l'homme du métier ⁶⁰³ : « L'activité inventive est celle qui dépasse la technique industrielle courante, soit dans son principe par l'idée intuitive qui est à sa base, soit dans ses moyens de réalisation par les difficultés que l'inventeur a dû vaincre, soit dans ses résultats économiques, par l'avantage inattendu que l'invention a apporté à l'industrie »... « Il y a quelque chose d'inattendu, soit dans l'idée inventive qui a été découverte, soit dans les moyens de réalisation qui ont été trouvés, soit dans les avantages économiques qui ont été apportés à l'industrie » ⁶⁰⁴.

Cette définition met fort justement en lumière le caractère imprévu de l'activité inventive, par rapport à l'activité courante de l'homme du métier. Elle présente toutefois des risques de confusion : si l'inattendu se trouve dans les moyens de réalisation d'un système, l'invention est localisée dans la solution des problèmes de réalisation, et non dans le système général, qui n'est pas protégé ⁶⁰⁵. D'autre part, il convient de préciser que l'invention ne peut résider dans les avantages inattendus eux-mêmes, mais seulement dans le rapport nouveau et inattendu entre un système et ses résultats : le résultat lui-même n'est pas brevetable ⁶⁰⁶.

Selon Roubier ⁶⁰⁷, il y a donc trois formes possibles de l'activité inventive : l'idée inventive, intuitive, qui est souvent à l'origine de l'invention de pionnier ; la victoire sur une difficulté que n'aurait pu surmonter la technique courante ; l'apport de résultats économiques et d'avantages inattendus pour l'industrie.

La première forme ⁶⁰⁸ (idée intuitive) est la plus rare. Elle comporte une part de chance. Elle engendre souvent d'autres inventions dans un domaine mal exploré.

La deuxième forme (difficulté vaincue) ⁶⁰⁹, par contre, ne procède pas de l'intuition, mais de la raison et de l'observation : il s'agit d'un effort logique pour la solution d'un problème. On est donc proche ici de la technique courante, mais les difficultés vaincues sont importantes ou les avantages inattendus pour l'industrie. Roubier relève ⁶¹⁰ que la jurisprudence française fait parfois appel à la notion de technique industrielle courante opposée à l'« effort créateur ». Selon cet auteur, l'effort créateur peut être le critère de l'activité inventive, mais ce serait une erreur d'exiger la démonstration d'un tel critérium dans tous les cas : il serait exagéré d'exiger à la fois le niveau inventif et le progrès technique.

Il y a enfin le critère des résultats économiques ⁶¹¹ et des avantages inattendus pour l'industrie, critère le plus souvent appliqué par les tribunaux français : a-t-on créé un bien nouveau ? L'avantage doit être imprévu, c'est-à-dire dépasser ce que la technique courante pouvait réaliser. Ce cas est différent de celui de la difficulté vaincue, où l'inventeur connaît exactement son but. Un élément commun lie toutefois ces trois critères de l'activité inventive : l'imprévu, élément clé de l'invention, qui ne doit pas découler naturellement de la technique courante pour l'homme du métier.

⁶⁰¹ Roubier, t. II p. 57 ss.

⁶⁰² Cf. n. 134 à 136.

⁶⁰³ Roubier, t. II p. 57, 61 et 67.

⁶⁰⁴ Roubier, t. II p. 67.

⁶⁰⁵ Cf. Valancogne, t. I n^o 169 ss p. 85.

⁶⁰⁶ Cf. Valancogne, t. I n^o 392 ss p. 189 ss.

⁶⁰⁷ Roubier, t. II p. 58-68.

⁶⁰⁸ Roubier, t. II p. 58.

⁶⁰⁹ Roubier, t. II p. 61.

⁶¹⁰ Roubier, t. II p. 62.

⁶¹¹ Roubier, t. II p. 64.

Cependant, la division de l'activité inventive en trois critères est discutable. La distinction entre difficulté vaincue et avantages inattendus nous paraît inutile : pour apporter un avantage inattendu, il faut vaincre une difficulté, car si l'avantage est facile à atteindre, il n'est pas inattendu. Dans les deux cas, l'inventeur sait très bien quel est son but, mais il le connaît depuis plus longtemps dans celui de la « difficulté vaincue » que dans celui de « l'avantage inattendu » où la recherche est simplement moins systématique, plus rapide. Il apparaît ici que la différence entre l'idée intuitive et les deux autres critères est aussi une pure différence de temps. L'inventeur peut trouver la solution en un éclair, presque en même temps qu'il a posé le problème. C'est ce qu'on appelle l'intuition. Ou bien il peut y arriver peu à peu, en surmontant les difficultés l'une après l'autre, pendant un temps plus ou moins long. Mais, qu'elle soit trouvée rapidement ou lentement, la solution procède toujours d'une idée inventive ⁶¹².

Autrement dit, de toute manière, l'invention doit être nouvelle, c'est-à-dire résulter d'un effort créateur, aussi bien en droit français qu'en droit suisse. Il paraît donc illogique de dire, comme Roubier, que l'effort créateur ne peut être exigé dans tous les cas. On doit noter d'ailleurs que les trois formes de l'activité inventive décrites par le Doyen Roubier constituent des indices, plutôt que de véritables critères ⁶¹³; en définitive, tout se ramène à examiner si l'invention « dépasse la technique courante » ⁶¹⁴ : « Ce qui dépasse ce à quoi on pouvait s'attendre d'après la simple technique du métier relève de l'activité inventive. » ⁶¹⁵

Cette théorie est en désaccord avec celle de la doctrine et de la jurisprudence dominantes ⁶¹⁶. Quelques décisions ont pourtant utilisé le critère de l'activité inventive ⁶¹⁷. C'est le cas en particulier de deux arrêts du Tribunal civil de la Seine, qui jouit d'une grande autorité en France ⁶¹⁸. Ces deux jugements ont donné lieu à une vive controverse.

Le premier, du 22 mars 1956 ⁶¹⁹, expose notamment : « La nouveauté ne postule pas nécessairement l'existence chez le breveté d'une idée inventive, indispensable en vertu de l'art. 1^{er} de la loi du 5 juillet 1844 à la naissance des droits réservés à l'inventeur en récompense de son mérite...

» ..., en l'état des éléments antérieurement connus, la question est posée de savoir si l'appareil litigieux pouvait être réalisé par le jeu normal de l'habileté d'un simple technicien, ou s'il manifeste, par rapport à la technique existante, lors de sa conception, un écart imprévu mettant celle-ci hors de la portée de l'homme de l'art : c'est là une question de fait, et il y a lieu de recourir à une expertise pour la résoudre. »

Le deuxième arrêt a été rendu le 13 avril 1956 ⁶²⁰ : « Il résulte des art. 1^{er} et 2 de la loi du 5 juillet 1844 que seule est protégée l'innovation qui est le fruit d'une invention.

» Il n'y a pas activité inventive, lorsque le dispositif nouveau est le développement normal de la technique courante, à la portée de l'homme du métier.

» En étendant à un appareil des agencements offerts par l'expérience industrielle dans son développement normal, sans idée intuitive, difficulté vaincue, ni avantages imprévisibles, le breveté n'a pas manifesté une activité inventive au sens des art. 1^{er} et 2 de la loi de 1844. »

⁶¹² Valancogne, t. I n° 660 p. 313, et n° 667 p. 314.

⁶¹³ Valancogne, t. I n° 662 p. 313.

⁶¹⁴ Roubier, t. II p. 67.

⁶¹⁵ Roubier, *ibid.*

⁶¹⁶ Cf. auteurs et arrêts cités sous n. 137, 161 et 589.

⁶¹⁷ Cf. Valancogne, t. I n° 556 ss p. 262 ss et arrêts cités.

⁶¹⁸ Mathély/Lavoix, Ann. 1956 p. 277.

⁶¹⁹ Ann. 1956 p. 304 ; JCP 1956 II 9311, n. de Roubier ; Mathély/Plaisant, fasc. IV coté 5 1958 n° 42.

⁶²⁰ Ann. 1956 p. 304.

L'influence du Doyen Roubier dans ces arrêts est nette, particulièrement dans le second, qui reprend les trois critères de l'activité inventive décrits par celui-ci.

La nouveauté dont il est question dans ces deux décisions est celle de l'art. 31 de la loi de 1844, qui correspond à celle de l'art. 7 de la loi suisse : c'est la nouveauté purement formelle, parfaitement objective, et non la nouveauté au sens de « ce qui n'était pas évident », ou « facile à trouver », dans l'appréciation de laquelle entre forcément un élément subjectif.

Dans les deux arrêts, le tribunal reconnaît la présence de produits nouveaux, mais nie qu'il s'agisse du résultat d'une « activité inventive » ou d'une « idée inventive ». Le terme « inventif » ou « invention » est donc réservé ici à la seule invention brevetable. On peut comparer cette terminologie à celle du Tribunal fédéral dans l'emploi qu'il fait le plus souvent du terme « idée créatrice », appliquée aux seules inventions d'un certain niveau, et par conséquent brevetables ⁶²¹.

Ces deux jugements ont été vivement attaqués par les adversaires du critère du niveau inventif, notamment par MM. P. Mathély et Jean Lavoix ⁶²². Ces deux auteurs parlent de la « révolution » apportée par les arrêts cités. Selon eux, « l'activité inventive ne saurait être une condition de la brevetabilité. La théorie du niveau inventif doit être condamnée, aussi bien en application de la loi spéciale sur les brevets qu'en vertu des principes généraux » du droit français. En effet, « la loi ne dispose pas que ce qui est brevetable, c'est l'invention au sens de création. Tout d'abord, le mot « invention », dans la langue française, ne signifie pas nécessairement « création ». Inventer ou découvrir, c'est simplement trouver quelque chose de nouveau. Le mot invention n'implique nullement, ni un effort créateur de la part de celui qui invente, ni un degré de mérite de la chose inventée ou découverte.

» En second lieu, le mot ne joue pas, dans le texte de la loi, le rôle que lui assigne la théorie du niveau inventif. Le mot « invention » n'est pas repris dans l'énonciation de la troisième catégorie d'inventions brevetables, à savoir l'application nouvelle. La loi dispose que « sont considérées comme inventions ou découvertes nouvelles... l'application nouvelle de moyens connus... ». La loi ne dit pas : l'*invention* d'une application nouvelle de moyens connus. Cela montre bien que le mot « invention » n'est pas substantiel...

» Il apparaît à l'évidence que l'invention est définie, aux termes de l'art. 2 de la loi du 5 juillet 1844 : — par l'objet qu'elle concerne — et non par le processus intellectuel selon lequel elle se réalise. Ce qui est brevetable, c'est le produit, le moyen ou l'application. La loi n'exige, en aucune façon, que le produit, le moyen ou l'application proviennent d'une activité inventive, ou correspondent à un certain niveau inventif...

» Cette interprétation résulte d'abord des travaux préparatoires de la loi (rapportés par Couhin, t. I). Le législateur ... s'est seulement efforcé de définir l'invention par l'objet auquel elle se rapporte, c'est-à-dire le produit, le moyen ou l'application.»

MM. Mathély et Lavoix citent ensuite une liste d'arrêts à l'appui de leur thèse ⁶²³. Les observations de ces auteurs ont été approuvées en général par la doctrine ⁶²⁴. Il y a lieu pourtant de faire quelques remarques.

Il convient de relever d'abord que les arrêts cités par les deux auteurs pour appuyer leur thèse ne parlent pas exactement de l'activité inventive, du niveau

⁶²¹ Cf. n. 545 à 549.

⁶²² Ann. 1956 p. 277 ; Mathély/Plaisant, fasc. IV coté 5 1958 n° 41 ss.

⁶²³ Ann. 1856 p. 135, 1865 p. 325, 1876 p. 298, 1882 p. 133, 1887 p. 306, 1896 p. 16.

⁶²⁴ Cf. Casalonga, PI 1958 p. 47.

inventif proprement dit ; mais tous refusent à l'importance de l'invention la qualité de condition de brevetabilité. L'importance, l'utilité, ou le progrès de l'invention ne doivent pas être confondus avec l'activité inventive ou créatrice. Un progrès minime peut être très difficile à trouver, et inversement. Sur ce point, il faut donc approuver MM. Mathély et Lavoix : l'importance de l'invention ne détermine pas sa brevetabilité.

Nous sommes toutefois à côté du problème : les deux arrêts parlent de l'activité inventive, de la difficulté pour un homme de l'art d'atteindre l'invention, et non de l'importance de l'invention. La jurisprudence à laquelle nous nous référons au début du chapitre ⁶²⁵ eût mieux convenu dans l'argumentation des adversaires de ce critère.

D'autre part, les deux auteurs prétendent que la loi n'entend pas le terme « invention » au sens de « création », et qu'inventer ou découvrir, c'est simplement trouver quelque chose de nouveau. Cependant, selon la définition communément admise ⁶²⁶, créer, c'est produire une chose qui n'existait pas. Autrement dit, produire quelque chose de nouveau. Or, créer quelque chose de nouveau, c'est inventer ⁶²⁷. Donc, créer c'est inventer, et inventer, c'est créer. Du reste, la majorité de la doctrine exige la manifestation de la main de l'homme dans l'invention : comment expliquer autrement que la découverte de corps naturels nouveaux ne soit pas brevetable ? ⁶²⁸ Casalunga ⁶²⁹ est de cet avis : « Cette main, ...peut avoir été guidée par le hasard, mais elle doit faire œuvre de créateur. »

Enfin, il paraît étrange de dire que le mot invention n'est pas substantiel dans la loi. En effet, l'art. 2 de la loi de 1844 a été précisément rédigé dans le but de définir le contenu du terme « invention » (d'ailleurs MM. Mathély et Lavoix le disent eux-mêmes) ⁶³⁰ : si ce mot n'est pas substantiel, comment se fait-il que le législateur ait consacré un article à essayer de définir son contenu ? Comment se fait-il que l'on distingue soigneusement entre invention (brevetable) et découverte (non brevetable) ⁶³¹ ? Certes, la loi dit : « Seront considérées comme inventions ou découvertes nouvelles... » ; mais la présence du terme « découverte » est due, selon Casalunga ⁶³², à une « inadvertance » du législateur ⁶³³.

Il nous paraît donc inexact de dire que le mot « invention » n'est pas essentiel, sous prétexte que le législateur ne l'a pas mentionné à côté de l'« application nouvelle de moyens connus », alors qu'il l'a placé à côté du « produit nouveau » et du « moyen nouveau » ; si le terme « invention » n'est pas utilisé à cet endroit, c'est parce que le législateur a estimé que l'expression « application nouvelle » impliquait l'invention ⁶³⁴ : la création par la jurisprudence de l'« emploi nouveau » non brevetable qui lui est opposé le démontre assez.

⁶²⁵ Cf. n. 591.

⁶²⁶ Voir par exemple celle du dictionnaire Larousse.

⁶²⁷ Cf. *supra*, II L'invention.

⁶²⁸ Cf. n. 150.

⁶²⁹ Casalunga, *Traité de la Brevetabilité*, n° 206 ; Casalunga cite ici deux arrêts (Cass. 24 déc. 1929, *Beyaert c. Rey*, Ann. 1933 p. 104, et Cour de Poitiers, 5 nov. 1935, *Racaud c. frères Brosard*, Ann. 1937 p. 133), dont le second porte que « constitue l'application nouvelle de moyens connus... aux termes de la loi de 1844, ...une véritable création ». Voir également Valancogne, t. I n° 537 p. 252, qui cite Trib. civ. Seine 18 juillet 1950, Ann. 1951 p. 83 : « Toute invention suppose une création. »

⁶³⁰ Cf. Couhin, t. I p. 273.

⁶³¹ Voir Pouillet, n° 6 ; Nouguiet, n° 389 ; Casalunga, *Traité de la Brevetabilité*, n° 206 ; Renouard, n° 34 ss, selon lequel « une condition fondamentale et essentielle de la légitimité d'un brevet sera donc qu'il y ait invention, c'est-à-dire nouveauté » ; cf. également n. 141.

⁶³² Casalunga, *Traité de la Brevetabilité*, n° 206.

⁶³³ Cf. Couhin, t. I p. 273.

⁶³⁴ Cf. Couhin, *ibid.*

Ajoutons cependant que même l'arrêt cité par Casalonga ⁶³⁵, où il est question de « véritable création », précise que la valeur ou le mérite de la création sont indifférents.

Les deux jugements contestés ont été frappés d'appel et infirmés par la Cour de Paris.

Le premier a été réformé par un arrêt du 31 mars 1957 ⁶³⁶ :

« Considérant que... le Tribunal civil a demandé à l'expert commis de rechercher notamment si le dispositif breveté constituait un perfectionnement normal et prévisible de la technique antérieure pouvant être réalisé par un spécialiste de la fabrication de ce genre d'appareils;

» Considérant que cette argumentation apparaît contraire aux principes posés par le législateur de 1844 au moins en tant qu'elle semble subordonner la validité de l'invention à son importance sur le plan pratique ou industriel, qu'un tel critère apparaît dangereux en raison de son caractère subjectif;

» Considérant, en réalité, que si l'art. 1^{er} de la loi de 1844 exige bien qu'il y ait « invention » d'un produit industriel nouveau, cette invention peut aussi bien résulter d'une découverte faite par hasard que de l'aboutissement de longs travaux représentant un effort créateur caractérisé; que, dans ces conditions, il n'y a pas lieu de séparer l'idée inventive des concepts de « résultat industriel » et de « nouveauté du produit industriel » en ce sens que l'idée inventive existe bien chez celui qui imagine ou découvre de quelque façon que ce soit un nouvel appareil produisant un résultat industriel et que seules les insuffisances, soit de résultat industriel, soit de la nouveauté permettent de nier l'invention au sens de la loi; que, d'ailleurs, les critères légaux et notamment « l'application nouvelle de moyens connus » permettent dans le domaine des brevets de combinaison d'écarter de nombreux dispositifs qui, précisément, ne témoignent d'aucun esprit inventif.»

Le jugement du 13 avril 1956 a été confirmé quant au fond. Mais la Cour a critiqué la forme des motifs de nullité du brevet donnés par les premiers juges : le Tribunal avait prononcé la nullité du brevet pour absence d'activité inventive; la Cour conclut aussi à la nullité du brevet, « mais en se basant sur un critère bien connu, et qui est précisément une création de la jurisprudence française : celui de l'emploi nouveau non brevetable par opposition à l'application nouvelle brevetable » ⁶³⁷.

Ces arrêts ne nous paraissent pourtant pas aussi clairs que M. Lavoix le dit dans sa note.

Alors que les deux arrêts réformés, et particulièrement le second, avaient prononcé la nullité pour *absence* d'activité inventive, les deux jugements de la Cour considèrent que la nullité avait été prononcée pour *insuffisance* d'activité inventive. Il y a ici une légère confusion, identique à celle qu'on rencontre en droit suisse au sujet de l'idée créatrice, terme que l'on réserve le plus souvent à ce qui dépasse le niveau inventif requis ⁶³⁸, mais qui est attaché parfois à toute invention, quel qu'en soit le niveau ⁶³⁹. Notons que le premier arrêt de la Cour de Paris, du 31 mai 1957, ⁶⁴⁰ réserve l'expression « esprit inventif » aux seules inventions brevetables, comme l'avaient fait les deux arrêts réformés ⁶⁴¹.

⁶³⁵ Casalonga, *loc. cit.* ; Ann. 1937 p. 133.

⁶³⁶ Ann. 1957 p. 379, n. de Lavoix ; cf. également : Mathély/Plaisant, fasc. IV coté 5 1958 n° 42 ; Valancogne, t. I n° 492 p. 237 et n° 558 p. 263.

⁶³⁷ Lavoix, Ann. 1957 p. 381.

⁶³⁸ Cf. n. 568.

⁶³⁹ Cf. n. 569.

⁶⁴⁰ Ann. 1957 p. 379 ; Mathély/Plaisant, fasc. IV coté 5 1958 n° 42.

⁶⁴¹ Cf. *supra*, p. 91.

On retrouve dans cette décision la confusion entre l'exigence d'un certain niveau inventif et celle d'une certaine importance pratique ou industrielle de l'invention. Ce dernier critère n'était pourtant pas, semble-t-il, celui qu'avaient appliqué les premiers juges.

Le dernier considérant cité ⁶⁴² de cet arrêt est fort intéressant. On y rencontre la distinction, qui nous paraît erronée ⁶⁴³, que font Blum/Pedrazzini entre l'activité inventive d'une part, et l'invention faite par hasard d'autre part; la Cour considère toutefois, et contrairement à l'opinion de Blum/Pedrazzini, que l'invention systématique est « l'aboutissement de longs travaux représentant un effort créateur caractérisé », alors que les deux auteurs suisses y voient un cas typique où manque l'activité créatrice ⁶⁴⁴. C'est une preuve de plus, à notre avis, que la différence entre l'intuition et le travail méthodique n'est pas de nature, mais purement temporel. La Cour observe d'autre part avec pertinence que « l'idée inventive existe bien chez celui qui imagine ou découvre de quelque façon que ce soit un nouvel appareil produisant un résultat industriel » (on peut rapprocher cette précision de la phrase du Tribunal fédéral disant ⁶⁴⁵ que le progrès technique est toujours « l'aboutissement d'une activité intellectuelle, qui peut revêtir les formes les plus variées allant de l'intuition subite à la recherche méthodique et persévérante »).

Il faut noter d'ailleurs que, si la seule nouveauté formelle servait à l'appréciation de la brevetabilité, il y aurait contradiction à dire que le concept d'application nouvelle permet d'écarter de nombreux dispositifs qui ne témoignent d'aucun esprit inventif.

Par cette phrase, la Cour reconnaît que la notion d'application nouvelle, opposée à celle d'emploi nouveau, sert en fait à éliminer les inventions dont le niveau inventif est insuffisant. Il en va de même, et plus nettement encore, dans le deuxième arrêt, où la Cour arrive aux mêmes conclusions que les premiers juges, après avoir écarté l'utilisation du critère du degré d'activité inventive, et en le remplaçant par celui de l'emploi nouveau non brevetable par opposition à l'application brevetable.

Il est évident que l'application du seul critère de la nouveauté formelle devrait logiquement conduire à admettre la brevetabilité de n'importe quel système nouveau, même s'il était très facilement prévisible. Aussi la jurisprudence et la doctrine françaises incluent-elles le plus souvent dans la notion de nouveauté celle d'inattendu.

Selon M. Mousseron ⁶⁴⁶, « ce que l'on ne connaît pas est imprévisible... », et par conséquent, « ce... que l'on ne pouvait connaître est nouveau... ». L'état connu de la technique comprend donc non seulement ce qui a été exposé expressément, mais encore tout ce qu'il était possible de prévoir à partir de ce fonds.

Or, il s'agit là d'une notion graduelle et subjective de la nouveauté : en effet, une nouveauté est toujours plus ou moins prévisible qu'une autre, selon qu'elle est plus ou moins originale; en outre, la facilité de prévision varie en fonction de la compétence et de l'intelligence. Il y a nécessairement un seuil au-dessous duquel une invention est considérée comme évidente et par conséquent comme non brevetable; ce niveau doit forcément se mesurer par rapport à la technique courante et aux capacités de l'homme du métier.

⁶⁴² *Ibid.*

⁶⁴³ Cf. n. 629 et 582.

⁶⁴⁴ Cf. n. 577.

⁶⁴⁵ ATF 85 II 138.

⁶⁴⁶ Mousseron, p. 77.

L'arrêt de la Cour de Paris cité plus haut ⁶⁴⁷ parle d'ailleurs de l'*insuffisance* et non de l'*absence* de nouveauté. Quant au second arrêt ⁶⁴⁸, il relève que les premiers juges, en appliquant le critère de l'activité inventive, ont débouté les demandeurs « pour des motifs en apparence différents » et que l'on parvient à la même conclusion en utilisant le critère de l'« emploi nouveau » non brevetable.

De même, Mathély/Plaisant ⁶⁴⁹ citent une liste de décisions refusant la protection à des inventions « dépourvues de nouveauté suffisante » ⁶⁵⁰. Les critères du « tour de main », de l'« emploi nouveau » et de la « juxtaposition » opposés respectivement au moyen nouveau, à l'application et à la combinaison nouvelle de moyens connus impliquent également un examen portant sur un degré de nouveauté, c'est-à-dire en définitive sur l'originalité de l'invention ⁶⁵¹ : le juge devra estimer, aussi bien en France qu'en Suisse, à quel point l'invention était impliquée dans l'état de la technique, à quel point elle était évidente ou difficile à trouver ; il va sans dire qu'un tel jugement suppose forcément une estimation subjective ⁶⁵². On a essayé en Suisse d'« objectiver » le jugement dans la mesure du possible en faisant appel à la notion de « l'homme du métier moyen » ou « bien instruit ». Le droit français rejette l'utilisation de ce moyen de mesure, tout en appréciant en fait le niveau d'originalité de l'invention. Nous ne croyons donc pas faire preuve d'un chauvinisme étroit en constatant que les critères français sont moins précis, et par conséquent moins sûrs que ceux du droit suisse ⁶⁵³.

Quoique certains arrêts récents aient utilisé le critère de l'activité inventive ⁶⁵⁴, et que la jurisprudence l'applique en pratique, implicitement, par la force des choses, il a été écarté en théorie, et probablement définitivement ⁶⁵⁵, par les deux arrêts de la Cour de Paris ⁶⁵⁶. Les tribunaux français apprécient par conséquent, en fait, le niveau de l'invention, puisqu'ils ne peuvent admettre la brevetabilité de n'importe quelle nouveauté évidemment prévisible ⁶⁵⁷, mais il leur est interdit d'utiliser ces termes.

La jurisprudence française se place donc, à l'égard du niveau inventif, au même point de vue que le Tribunal fédéral avant 1937. Si elle ne peut échapper à l'application de ce critère, il est certain que son exclusion théorique incite le juge à fixer le niveau de l'invention le plus bas possible. Aussi, concernant l'application de la loi du 5 juillet 1844, la pratique française était-elle souvent plus indulgente que la jurisprudence suisse actuelle en général.

⁶⁴⁷ Du 31 mai 1957, Ann. 1957 p. 379, cf. *supra*, p. 94.

⁶⁴⁸ Du 18 nov. 1957, *ibid.* ; cf. *supra*, p. 94.

⁶⁴⁹ Mathély/Plaisant, fasc. V coté 5 1958 n° 21.

⁶⁵⁰ Paris 28 mars 1857, Ann. 1857 p. 487 ; Paris 18 déc. 1866, Ann. 1867 p. 45 ; Paris 20 mars 1867 et Cass. 10 août 1867, Ann. 1867 p. 333 ; Rouen 27 août 1897 et Cass. 14 avr. 1899, Ann. 1899 p. 245 ; Paris 27 fév. 1928, Ann. 1929 p. 312 ; Lyon 8 mai 1931, Ann. 1933 p. 201 ; cf. également Weinstein, p. 21, qui parle de la détermination du « degré de nouveauté » ; Valancogne, t. I n. 598 p. 287 : « Un mode d'exécution différent ne présente aucun caractère de nouveauté. »

⁶⁵¹ Cf. n. 162 ; voir également : Chavanne, JCP 1968 2186.

⁶⁵² Cf. Valancogne, t. I n° 640 p. 307 ; Henriquez, PI 1970 p. 199 ; Wagret, p. 26 : « La brevetabilité n'est au fond qu'une certaine qualité de nouveauté ; la définition de ce seuil qualitatif n'est pas aisée et les distinctions du droit français ... ne sont au fond que des recettes pratiques permettant d'apprécier dans un cas particulier si la nouveauté est bien d'une qualité telle qu'elle justifie le brevet d'invention ; mais ces recettes sont loin d'être sûres ... ».

⁶⁵³ Cf. Henriquez, *ibid.*

⁶⁵⁴ Voir notamment : Trib. gr. inst. Caen 20 nov. 1962, et Chambéry 23 nov. 1964, JCP 1965 IV éd. générale, p. 7, cités par Mathély/Plaisant, fasc. VI fiche jaune cotée 11 1968 n° 8 et 19 ; Valancogne, t. I n° 556 ss p. 262 ss et arrêts cités.

⁶⁵⁵ Cf. Valancogne, *op. loc.*

⁶⁵⁶ Cf. *supra*, p. 94 ss.

⁶⁵⁷ Henriquez, PI 1970 p. 199.

b) *Loi du 2 janvier 1968*: L'art. 9 de la nouvelle loi française pose qu'une invention implique une activité inventive si elle ne découle pas de manière évidente de l'état de la technique.

Cette notion de l'évidence entraîne-t-elle une élévation des exigences relatives à l'originalité de l'invention, ou correspond-elle aux conditions appliquées sous l'ancien régime ?

La doctrine est partagée.

Selon certains auteurs ⁶⁵⁸, la loi nouvelle n'apporte presque aucun changement : la jurisprudence utilisait déjà en fait des critères subjectifs sous l'ancien régime, qui impliquaient celui de l'activité inventive.

D'autres commentateurs ⁶⁵⁹ admettent au contraire que la nouvelle loi prescrit une hausse des conditions de la brevetabilité.

La solution à cette question ne peut être trouvée que dans les travaux et débats préparatoires de la loi.

Dans son exposé des motifs ⁶⁶⁰, M. Maurice Herzog voit dans l'exigence de l'activité inventive « un changement très important » : « L'invention, pour être brevetable, ne doit pas seulement être nouvelle : elle doit s'écarter de la technique connue par une marge suffisante pour que sa conception dépasse le simple enchaînement des réflexions que pourrait faire toute personne normalement qualifiée dans le domaine dont elle relève. Sans être totalement exclue par la jurisprudence française, cette exigence n'a jamais été systématisée par elle. Il faut donc attendre de la disposition introduite sur ce point dans le projet de loi une plus grande rigueur de la part des tribunaux dans l'appréciation de la « nouveauté intrinsèque » des inventions brevetées, rigueur évidemment souhaitable compte tenu de la multiplication des brevets et de la nécessité de ne pas encombrer le domaine protégé de brevets dont l'objet, évident pour toute personne moyennement qualifiée, ne peut justifier la concession d'un droit exclusif. »

Ce texte pose des exigences identiques à celles du Tribunal fédéral depuis 1937 ⁶⁶¹ : comme notre Haute Cour, le rapporteur français justifie une sévérité accrue par le souci d'éviter la création d'entraves pour l'industrie; il se réfère également, quoique en d'autres termes, à la notion d'« homme du métier de bonne formation professionnelle ». Il ressort nettement de ces considérations que M. Herzog entendait élever le niveau d'ingéniosité exigible de l'invention; contrairement au Tribunal fédéral, il n'a toutefois pas mentionné le progrès technique.

La nécessité d'une sévérité plus grande dans l'examen de l'originalité de l'invention a été confirmée par la suite, au cours des débats ⁶⁶². Ainsi M. Marclhacy, rapporteur au Sénat, constate-t-il ⁶⁶³ qu'on trouve en tout cas dans la loi « la volonté, ..., de transformer un brevet français, qui n'avait, ..., que peu de crédit et de force, en un brevet solide appuyé sur un avis documentaire, sur les antériorités, un brevet qui, en un mot, puisse revendiquer une valeur probante égale et, nous l'espérons, supérieure à celle dont bénéficient certains brevets étrangers ». Lors de

⁶⁵⁸ Chavanne, Rev. trim. dr. com. 1968 p. 679 ; Mouzon, Gaz. Pal. 1968 I Doctrine p. 45 ; Savignon, PI 1968 p. 80.

⁶⁵⁹ Valancogne, t. I n° 764 p. 345 ; Weinstein, p. 16 et 19 ; Mathély/Plaisant, fasc. III à XXXVIII coté 5 1969 n° 47.

⁶⁶⁰ JO Ass. Nat. 1966-67 doc. annexe n° 244, p. 1593.

⁶⁶¹ ATF 63 II 271 (JT 1938 I 40).

⁶⁶² Voir par exemple Rapport fait au nom de la commission de la production et des échanges par M. Herzog, JO Ass. Nat. 1967 doc. annexe n° 320 p. 1698.

⁶⁶³ JO Débats Sénat 1967-68 p. 1985.

la même séance ⁶⁶⁴ concernant l'introduction de l'activité inventive, le sénateur Motais de Narbonne rappelle ⁶⁶⁵ que « après tout, il s'agit de rendre plus difficiles les conditions d'attribution du brevet... » ; « ... la convention de Strasbourg traduit la tendance générale au durcissement des conditions de la brevetabilité » ⁶⁶⁶. De même, à l'Assemblée Nationale ⁶⁶⁷, le député Krieg « rappelle que la proposition de loi a pour objet de rendre plus sévères les conditions de la brevetabilité. Pour qu'une invention soit brevetable, elle ne doit plus seulement être nouvelle, elle doit aussi impliquer une activité inventive. Cette notion constitue une excellente amélioration dont le maintien s'impose. »

Il nous paraît donc difficile d'admettre que la loi nouvelle n'apporte pas de changement : le législateur a nettement exprimé sa volonté d'élever le degré d'ingéniosité exigible de l'invention.

Il faut noter toutefois que l'exigence de l'activité inventive ne correspond pas à la « hauteur inventive » du droit allemand. En effet, dans son Avis présenté au nom de la Commission des Affaires étrangères, de la Défense et des Forces Armées ⁶⁶⁸, M. Motais de Narbonne relève que l'activité inventive est un critère moins sévère que la « hauteur inventive » du droit allemand ; reprise par ce sénateur lors des débats ⁶⁶⁹ au Sénat, cette idée n'a pas rencontré d'opposition. De même, M. Palewski, député, précise-t-il à l'Assemblée Nationale ⁶⁷⁰ qu'il convient d'éviter l'instauration de la « hauteur inventive ».

Le « niveau inventif » de la nouvelle loi française, concernant l'activité inventive, se situerait donc en dessus des exigences de la loi du 5 juillet 1844, mais en dessous du niveau inventif allemand ⁶⁷¹. Selon Mathély Plaisant ⁶⁷² « le critère ainsi admis en droit français est celui du droit suisse, selon lequel une idée inventive et un progrès technique sont exigés » ; tandis qu'en droit allemand, la « hauteur inventive » impliquerait « non seulement une idée inventive, mais encore une idée inventive d'un niveau suffisant ».

Il convient cependant d'observer que le critère du « technicien moyen » ⁶⁷³ prévu par le législateur ⁶⁷⁴ et la doctrine ⁶⁷⁵ français, et utilisé par la jurisprudence suisse, est également celui du droit allemand ⁶⁷⁶. Les auteurs ⁶⁷⁷ suisses se réfèrent d'ailleurs constamment au droit allemand concernant le niveau de l'invention. Le droit suisse et le droit allemand faisant appel à des notions identiques, il nous paraît difficilement concevable que le critère français de l'activité inventive pose des conditions à la fois moins sévères que celles du droit allemand et équivalentes à celles du droit suisse.

⁶⁶⁴ 30 nov. 1967.

⁶⁶⁵ JO Débats Sénat 1967-68 p. 1989.

⁶⁶⁶ Avis présenté au Sénat au nom de la commission des Affaires étrangères, de la Défense et des Forces armées par M. Léon Motais de Narbonne, JO Sénat 1967-68 doc. annexe n° 48 p. 9.

⁶⁶⁷ Séance du 14 déc. 1967 JO Débats Ass. Nat. 1967-68 p. 5870.

⁶⁶⁸ JO Sénat 1967-68 doc. annexe n° 48 p. 9.

⁶⁶⁹ Séance du 30 nov. 1967, JO Débats Sénat 1967-68 p. 1989.

⁶⁷⁰ Séance du 14 déc. 1967, JO Débats Ass. Nat. 1967-68 p. 5870.

⁶⁷¹ Cf. Valancogne, t. I n° 764 p. 345.

⁶⁷² Mathély/Plaisant, fasc. III à XXXVIII cotés 5 1969 n° 47 *in fine*.

⁶⁷³ Ou, pour reprendre les termes de M. Herzog (JO Ass. Nat. 1966-67 doc. annexe n° 244 p. 1593), de « la personne normalement qualifiée dans le domaine dont relève l'invention », ou encore « toute personne moyennement qualifiée ».

⁶⁷⁴ Cf. n. 673 et 660.

⁶⁷⁵ Cf. Weinstein, p. 20 ; Valancogne, t. I n° 764 p. 345.

⁶⁷⁶ Cf. Lindenmaier, p. 59 § 1 n° 28 ; Busse, p. 103 ; Tetzner, Leitfaden des deutschen Patentrechts, p. 24.

⁶⁷⁷ Cf. notamment Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} *passim* et particulièrement rem. 19 t. I p. 114 ss ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 180 ss.

D'autre part, comme on l'a vu concernant l'ancienne loi française ⁶⁷⁸ et la jurisprudence du Tribunal fédéral antérieure à 1937 ⁶⁷⁹, il est impossible d'exiger d'une invention qu'elle ne soit pas évidente sans demander par là même qu'elle dépasse un certain degré d'originalité : l'évidence est une notion graduelle. Il y a toujours un seuil à partir duquel l'invention n'est plus évidente ; la hauteur de ce seuil variant selon les individus, l'appréciation de l'évidence est nécessairement subjective, comme on l'a constaté au cours des débats concernant la nouvelle loi française ⁶⁸⁰. Les auteurs français ⁶⁸¹ qui prétendent dissocier la notion d'évidence et l'exigence d'un niveau minimum d'originalité nous semblent faire fausse route, puisque la première implique la seconde. De toute manière, la jurisprudence devra fixer un niveau inventif : la seule question qui se pose est de savoir à quelle hauteur.

Selon les travaux préparatoires de la loi nouvelle, la mesure de l'activité inventive doit être cherchée dans les capacités du technicien moyen ⁶⁸² ; c'est donc avec raison que Weinstein ⁶⁸³ observe que « la notion d'activité inventive implique un examen *qualitatif* de l'invention par rapport à l'état de la technique, c'est-à-dire qu'elle conduit à évaluer l'importance de l'effort fait par l'inventeur... » ; comme le constate cet auteur, cette notion est déjà bien connue en Allemagne, aux Etats-Unis, en Hollande, etc. ; elle équivaut notamment à la notion d'idée créatrice, ou de niveau inventif en droit suisse.

Il faut observer cependant que l'activité inventive n'implique pas forcément le progrès technique. C'est probablement ce point qu'entendaient souligner les députés et sénateurs français, lorsqu'ils rappelaient que la loi française ne visait pas à l'instauration de la « hauteur inventive » en usage en Allemagne ⁶⁸⁴. Le terme « *Erfindungshöhe* » recouvre en effet parfois non seulement l'originalité, mais aussi le progrès technique ⁶⁸⁵, et les juristes français associent le plus souvent niveau inventif et importance de l'invention ⁶⁸⁶. On ne s'explique pas autrement l'acceptation du critère de l'évidence et du technicien moyen proposé par M. Herzog, et le rejet, apparemment contradictoire, du niveau inventif.

Si les travaux préparatoires ne permettent guère de douter de la volonté de changement du législateur, il est cependant possible que les tribunaux, cédant à une tendance naturelle, continuent à appliquer les critères anciens sous des termes nouveaux, en donnant une signification minimale à la notion d'évidence ⁶⁸⁷. A cet égard, les opinions de M. Mouzon ⁶⁸⁸, vice-président au Tribunal de grande instance de Paris, et de M. Savignon ⁶⁸⁹, directeur de l'INPI, sont significatives en raison de la fonction de ces personnalités ⁶⁹⁰. Une telle application de la loi nouvelle ne nous paraît toutefois pas conforme à son but ⁶⁹¹.

⁶⁷⁸ Cf. p. 95 ss.

⁶⁷⁹ Cf. p. 84 ss.

⁶⁸⁰ M. Motais de Narbonne, JO Débats Sénat 1967-68 p. 1989, et doc. annexe n° 48 p. 9 ; M. Herzog, Rapport fait au nom de la commission de la production et des échanges, JO Ass. Nat. 1967-68 doc. annexe n° 568 p. 881.

⁶⁸¹ Mathély/Plaisant, fasc. III à XXXVIII cotés 5 1969 n° 47 *in fine* ; Valancogne, t. I n° 629 *bis* p. 302, n° 669 *bis* p. 315, n° 719-720 p. 329-330.

⁶⁸² Cf. *supra*, p. 97.

⁶⁸³ Weinstein, p. 18.

⁶⁸⁴ Cf. *supra*, p. 98.

⁶⁸⁵ Cf. de Mestral, p. 159 et citations.

⁶⁸⁶ Cf. *supra*, p. 89 ; Valancogne, t. I n° 720 p. 330, qui parle d'une « supériorité des avantages ».

⁶⁸⁷ Cf. Mathély/Plaisant, fasc. III à XXXVIII cotés 5 1969 n° 48 ; Henriquez, PI 1970 p. 200 ; R. Plaisant, Rev. trim. Dr. com. 1971 p. 221.

⁶⁸⁸ Gaz. Pal. 1968 I Doctrine p. 45.

⁶⁸⁹ PI 1968 p. 80.

⁶⁹⁰ Mathély/Plaisant, fasc. III à XXXVIII cotés 5 1969 n° 1 et 48.

⁶⁹¹ Mathély/Plaisant, fasc. III à XXXVIII cotés 5 1969 n° 46.

4. La mesure du niveau inventif

a) L'homme du métier — de formation moyenne ou de bonne formation ?

aa) *Droit suisse*: Si une création facile à trouver, ou évidente, n'est pas brevetable, il faut encore, pour éviter l'arbitraire autant que possible, fixer la norme d'après laquelle on mesurera cette facilité ou évidence.

Le droit suisse, comme le droit allemand, fait usage de la notion de « l'homme du métier moyen » (*Durchschnittsfachmann*) ou de « l'homme du métier bien instruit » ou « possédant une bonne formation » (*gut ausgebildeter Fachmann*).

Les termes utilisés ont beaucoup varié, notamment dans les arrêts antérieurs à 1937 : il a été question successivement de « fabricants ou ouvriers »⁶⁹² apportant des modifications à leurs produits selon « l'exploitation industrielle ordinaire », de « spécialiste »⁶⁹³, d'« homme du métier »⁶⁹⁴, de « technicien »⁶⁹⁵, « d'artisan qui connaît son métier »⁶⁹⁶; ces expressions paraissent équivalentes : le Tribunal fédéral utilise ainsi indifféremment dans un même arrêt les termes d'« homme du métier » et d'« artisan qui connaît son métier »⁶⁹⁷, ou de « spécialiste » et d'« homme du métier »⁶⁹⁸.

Depuis l'arrêt Philips⁶⁹⁹, le Tribunal fédéral a insisté sur la « bonne formation » de l'homme du métier⁷⁰⁰; on peut cependant admettre que l'artisan qui connaît son métier, ou le spécialiste, de l'ancienne jurisprudence était également présumé posséder une bonne formation⁷⁰¹ : la notion n'a donc guère changé. Il est certes arrivé au Tribunal fédéral d'opposer le « technicien moyen » au « spécialiste bien au courant de son métier »⁷⁰², mais il a jugé par la suite que ces notions étaient équivalentes, la différence étant purement verbale : « on peut admettre en effet que l'homme du métier moyen a une bonne formation »⁷⁰³.

Ce technicien moyen est une création artificielle, censée posséder les capacités, les connaissances et l'habileté qui sont habituelles chez les gens de la branche en moyenne. Bien entendu, on fait abstraction des différences d'intelligence et d'imagination que chaque homme du métier possède *in concreto*⁷⁰⁴.

Il s'agit de l'homme du métier moyen, et non d'un spécialiste éminent de la branche, ni d'un manœuvre⁷⁰⁵. Cependant, étant donné le développement continu

⁶⁹² ATF 16 592 (JT 1890 I 531), 21 298.

⁶⁹³ TF 24 mai 1901, Philippe et Roussel c. Goerz, JT 1902 I 396 ; ATF 56 II 141 (JT 1930 I 429).

⁶⁹⁴ Arrêts cités sous n. 693 ; ATF 34 II 56 (*Handwerker*), 49 II 139 (JT 1923 I 389), 59 II 325 (JT 1934 I 527).

⁶⁹⁵ ATF 38 II 685 (*Techniker*).

⁶⁹⁶ ATF 49 II 139 (JT 1923 I 389).

⁶⁹⁷ *Ibid.*

⁶⁹⁸ TF 24 mai 1901, Philippe et Roussel c. Goerz, JT 1902 I 396.

⁶⁹⁹ ATF 63 II 276 (JT 1938 I 44).

⁷⁰⁰ TF 30 juin 1937, Svibeis AG... c. Schinken AG, JT 1938 I 74 ss (« spécialiste éprouvé » ou « technicien éprouvé ») ; ATF 67 II 60 (JT 1941 I 339 : « spécialiste qualifié »), 69 II 180 (JT 1943 I 520 : « spécialiste bien au courant de son métier »), 69 II 421 (JT 1944 I 324 : « technicien habile ou ayant une bonne formation professionnelle »), 71 II 296 (JT 1946 I 311 : « spécialiste bien au courant de son métier »), 74 II 140 (« homme du métier, possédant une bonne formation »), 81 II 292 (JT 1956 I 343 : « homme du métier ayant une bonne formation professionnelle »), 82 II 251 (comme ATF 74 II 140), 85 II 138 (comme ATF 74 II 140), 85 II 512 (« homme du métier moyennement bien instruit »), 89 II 108 (JT 1963 I 611 : comme ATF 74 II 140), 89 II 156 (JT 1963 I 613 : *id.*), 92 II 48 (JT 1966 I 615 : « homme du métier habitué aux techniques »), 92 II 290 (comme ATF 74 II 140), 93 II 512 (*id.*), 94 II 325 (« homme du métier possédant une bonne formation et connaissant ainsi l'état de la technique »).

⁷⁰¹ Steck, p. 160 ; de Mestral, p. 187.

⁷⁰² ATF 74 II 296 (JT 1946 I 311).

⁷⁰³ ATF 85 II 138.

⁷⁰⁴ Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 19 t. I p. 112.

⁷⁰⁵ Blum/Pedrazzini, *ibid.*

de la science et de la technique, les connaissances de l'homme du métier moyen doivent être estimées différemment selon les époques ⁷⁰⁶. L'homme du métier moyen actuel est un spécialiste comparé à celui de 1900. Cependant, à notre avis, cette élévation du niveau ne touche que les connaissances, et non les capacités intellectuelles, qui restent à peu près constantes.

C'est surtout concernant la capacité inventive que doit se manifester le caractère « moyen » de l'homme du métier : si, dans une fabrication simple, on peut encore considérer qu'un contremaître ou même un ouvrier possède des connaissances moyennes, il est certains domaines qui font nécessairement appel à des notions complexes : chimie, énergie nucléaire, électronique, etc. Dans ces cas-là, le niveau des connaissances de l'homme du métier peut correspondre à une formation universitaire ⁷⁰⁷ : on ne saurait en effet accorder un monopole exclusif à n'importe quelle trouvaille découlant évidemment des connaissances déjà acquises dans un domaine particulier, sous prétexte que l'acquisition de ces dernières exige de longues études. Le Tribunal fédéral a ainsi admis, concernant l'invention d'un procédé chimique, que, « par un homme du métier, ...il fallait entendre un chimiste de recherche disposant d'une bonne formation générale, travaillant en laboratoire et connaissant l'ensemble des travaux publiés avant la date de priorité » ⁷⁰⁸. Selon le champ de la technique considéré, l'homme du métier pourra donc posséder un bagage scientifique considérable, mais il ne doit pas faire preuve d'une imagination qui dépasse le « processus de réflexion usuel » ⁷⁰⁹. La définition de Steck ⁷¹⁰ correspond à celle de la jurisprudence fédérale : « Le spécialiste moyen sera, par conséquent, celui qui, tout en ayant acquis des connaissances requises dans un certain domaine et l'expérience pratique nécessaire, ne possède pas, pour autant, une aptitude créatrice particulière. »

La doctrine admet ⁷¹¹ que, si l'on est en présence d'un domaine neuf de la technique, où ne s'est pas encore constitué une masse de connaissances que les techniciens doivent normalement assimiler, on ne peut parler d'un homme du métier moyen. Ceux qui travaillent dans ce domaine doivent être considérés comme des pionniers ; il faut par conséquent admettre tous leurs apports au rang des inventions brevetables.

Cette opinion nous paraît contestable. Si l'on est en présence d'un domaine nouveau, dans lequel quelques inventions ont déjà été faites, on n'admettra pas nécessairement la brevetabilité de n'importe quelle nouveauté qui découlerait naturellement et manifestement de ces inventions antérieures. Une invention doit présenter une certaine originalité par rapport à ce qui a été breveté, car ce qui est breveté est dévoilé et appartient à l'état de la technique, et par conséquent à la communauté. Si l'on admettait la protection de dispositifs découlant évidemment d'une invention antérieure, il serait possible d'obtenir un monopole portant en fait sur la même invention, sous une forme légèrement différente ; l'invention serait de ce fait protégée pendant un temps plus long que la durée normale du brevet, ce qui serait inadmissible. Il serait possible d'autre part que plusieurs personnes soient titulaires de brevets différents portant sur la même invention. Par conséquent, toute trouvaille dans un domaine inexploré, ne nous semble pas forcément brevetable. Si tel était le cas, il faudrait encore s'entendre sur l'acception du terme « domaine nouveau », ce qui serait loin d'être aisé.

⁷⁰⁶ ATF 63 II 271 (JT 1938 I 44).

⁷⁰⁷ Steck, p. 65 ; Jenny, p. 104.

⁷⁰⁸ ATF 93 II 513.

⁷⁰⁹ ATF 93 II 512 ; cf. également ATF 94 II 325, 85 II 138, 85 II 513 et arrêts cités.

⁷¹⁰ Steck, p. 67.

⁷¹¹ Cf. Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 19 t. I p. 113 ss ; de Mestral, p. 188 et auteurs cités.

En effet, toute invention crée un domaine nouveau, qui est vaste lorsqu'il s'agit d'une invention de pionnier, et restreint dans le cas de la petite invention. Le Tribunal fédéral utilise le critère de l'homme du métier le plus proche de la branche nouvelle envisagée : par exemple, l'adaptation à l'industrie du meuble de méthodes d'applications de la laque connues en poterie, dans l'industrie des boîtes de conserve, ou ailleurs, est naturelle « pour l'homme du métier habitué aux techniques servant à appliquer une couleur ou un vernis sur des objets solides les plus divers » ⁷¹²; peu importe que cette idée fût inattendue pour un menuisier. Or, pour le spécialiste dans l'application des couleurs, cette adaptation de techniques connues à l'industrie du meuble constitue un domaine nouveau ⁷¹³, même s'il est très limité (et même très proche de la technique courante). Nous ne voyons donc pas de raison d'admettre à priori la brevetabilité de toute nouveauté dans un champ inexploré de la technique : même si celui-ci est très important, il conviendra d'examiner, conformément à la jurisprudence fédérale, si un spécialiste de la branche la plus proche était incapable d'y parvenir.

Selon Blum/Pedrazzini, ⁷¹⁴ la notion de l'homme du métier ne présenterait aucune utilité concernant les inventions où le résultat est fixé à l'avance et où l'on déploie une vaste activité de recherches systématiques (inventions systématiques), dans lesquelles on ne peut atteindre un résultat que par le travail commun de gens de divers domaines. Dans ce cas, il s'agirait d'inventions à la portée de l'homme du métier, car l'ordre des recherches est connu à l'avance et celles-ci sont faites sur le fond des connaissances qui appartiennent déjà à la branche en question. De telles créations apportent cependant souvent un progrès technique considérable. Il est donc impossible d'opposer à de telles inventions la notion de l'homme du métier. En outre, ces innovations exigent un grand effort financier et d'organisation. En fait, si un progrès technique important est réalisé, il faudrait admettre la brevetabilité quel que soit le niveau inventif.

Quoique approuvée par certains auteurs ⁷¹⁵, cette démonstration n'est pas convaincante. Une nouveauté technique n'est pas nécessairement en dessous du niveau inventif parce que le résultat cherché est connu d'avance et les recherches organisées en conséquence ⁷¹⁶. D'autre part, il ne suffit pas de dépenser de l'argent pour obtenir la protection d'une « invention » qui apparaîtrait évidente ⁷¹⁷; n'importe quelle entreprise pourrait alors soustraire à la communauté une idée appartenant déjà à cette dernière, simplement en démontrant qu'elle a assez d'argent pour réaliser la nouveauté la première. Or, le brevet correspond à une dépense intellectuelle, et non financière; que cette dépense intellectuelle ait été possible grâce à une dépense financière, la loi n'a pas à en connaître. Quant au progrès technique réalisé, il ne peut pas remplacer l'originalité de l'invention ⁷¹⁸.

L'utilisation d'un critère spécial ne se justifie d'ailleurs pas et permettrait tous les abus ⁷¹⁹. Il suffirait en effet au déposant d'attribuer l'invention à une équipe pour bénéficier d'un régime plus favorable : on sait que la mention de l'inventeur n'est l'objet d'aucun contrôle ⁷²⁰.

⁷¹² ATF 92 II 48 (JT 1966 I 615); cf. également ATF 89 II 108 (JT 1963 I 611).

⁷¹³ *Loc. cit.*

⁷¹⁴ Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 19 t. I p. 115 et rem. 20 p. 122; cf. également Walleser, p. 152 et RSPI 1962 p. 92; Matter, RDS 1944 p. 34 a.

⁷¹⁵ Cf. n. 714.

⁷¹⁶ Troller, t. I (éd. 1968), p. 197; de Mestral, p. 239; Offermann, p. 77 et n. 14; Wunderlich, p. 82; ATF 93 II 504.

⁷¹⁷ De Mestral, *ibid.*

⁷¹⁸ TF 25 sept. 1908, Steiner... c. Seiler, JT 1909 I 186 ss; ATF 81 II 292 (JT 1956 I 343), 93 II 517, 85 II 139 ss, 71 II 296 (JT 1946 I 311).

⁷¹⁹ Offermann, p. 77; de Mestral, p. 240.

⁷²⁰ Cf. Blum/Pedrazzini, art. 5 rem. 1 t. I p. 321 (où l'on rappelle que, souvent, le chef d'une entreprise est mentionné comme inventeur) et rem. 2 n° 4 p. 324.

Concernant la « Teamerfindung », de Mestral ⁷²¹ propose d'examiner si l'invention était à la portée d'un groupe d'hommes du métier disposant des possibilités d'une industrie de moyenne importance. Cette théorie nous paraît difficilement applicable : la notion d'« entreprise moyenne » ajoute un élément subjectif à la mesure du niveau inventif ; en outre, il peut arriver que l'invention réside déjà dans la réunion de divers spécialistes (invention de problème). Enfin, la discrimination ne nous paraît pas utile : même dans le cas d'une invention d'équipe, il suffit d'examiner si le technicien de la branche la plus proche de l'invention était capable de la concevoir. Le Tribunal fédéral l'a d'ailleurs admis : pour mesurer le niveau inventif d'un procédé trouvé par une équipe de chimistes, il a fait appel à un seul chercheur moyen ⁷²².

Par « ce qui est à la portée de l'homme du métier moyen », on entend d'une part ce qu'il est censé connaître d'après l'état de la technique, et d'autre part, ce qu'il est capable d'imaginer, dans un effort de réflexion normal, à partir de cet état de la technique ⁷²³.

On a vu dans les faits suivants des indices d'un niveau inventif suffisant : surprise chez les gens de la branche technique à laquelle appartient l'invention ⁷²⁴ ; besoin existant depuis longtemps, mais satisfait pour la première fois par l'invention ⁷²⁵ ; victoire sur des préjugés techniques ⁷²⁶ ; audace, risque, ténacité, etc. ⁷²⁷ ; existence de brevets étrangers sur le même objet ⁷²⁸ ; victoire sur des difficultés techniques ⁷²⁹ ; différence des éléments combinés ; progrès technique ⁷³⁰, etc. ⁷³¹.

Tous ces indices tendent à démontrer l'existence d'une nouveauté inattendue pour l'homme du métier. Mais ils ne sont pas déterminants : ce ne sont que des indices, et non des critères comme celui de l'homme du métier bien instruit ⁷³².

bb) *Droit français*

A. *Loi de 5 juillet 1844* : Ne reconnaissant pas expressément le niveau inventif comme une condition de la brevetabilité, le droit français n'utilise pas, en principe, la notion du technicien moyen dans l'examen de l'originalité de l'invention.

Les quelques décisions qui font usage de cet étalon ⁷³³ sont contraires à la jurisprudence dominante ⁷³⁴.

⁷²¹ De Mestral, p. 241, qui s'appuie sur Troller, t. I (éd. 1959) p. 170 : cf. Troller, t. I (éd. 1968) p. 186 ; voir également Offermann, p. 77 n. 14.

⁷²² ATF 93 II 513.

⁷²³ ATF 94 II 325.

⁷²⁴ ATF 69 II 194 (JT 1943 I 555).

⁷²⁵ ATF 30 II 337, 69 II 187 (JT 1943 I 520) : dix ans, 69 II 194 (JT 1943 I 555) : huit ans, 74 II 140.

⁷²⁶ ATF 69 II 180 (JT 1943 I 520), 69 II 188 (JT 1943 I 554), 74 II 142.

⁷²⁷ ATF 69 II 180 (JT 1943 I 520), 69 II 199 (JT 1943 I 555) ; ce critère peut être considéré comme trop subjectif : Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 21 t. I p. 126.

⁷²⁸ ATF 58 II 78, 58 II 272 (JT 1933 I 540) ; cet indice n'est cependant pas déterminant si le brevet vient d'un pays où le niveau inventif est bas : Blum/Pedrazzini, *loc. cit.*

⁷²⁹ ATF 69 II 188 (JT 1943 I 555).

⁷³⁰ ATF 81 II 292 (JT 1956 I 342).

⁷³¹ Cf. Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 21 t. I p. 124 ss ; Vonarburg, p. 22 ; de Mestral, p. 194 ss ; Steck, p. 102, 120.

⁷³² Cf. de Mestral, p. 194 et citations ; ATF 74 II 144.

⁷³³ Par exemple : Trib. civ. Seine 22 mars 1956, Ann. 1956 p. 304 (« simple technicien », « homme de l'art ») ; Trib. civ. Seine 13 avr. 1956, Ann. 1956 p. 304 (« homme du métier ») ; Rouen 22 mars 1878, Ann. 1882 p. 24 (« tout ouvrier ») ; Paris 14 oct. 1958, Ann. 1959 p. 214 (« homme du métier ») ; Chambéry 23 mars 1964, JCP 1965 IV éd. générale p. 7 (« industriel quelconque ») ; Trib. gr. inst. Caen 20 nov. 1962, cité par Mathély/Plaisant, fasc. VI fiche jaune cotée 11 1968 n° 8 (« homme de l'art », « simple fabricant », « gens de métier », « homme du métier ») ; cf. Valancogne, t. I n° 556 ss p. 262 ss, plus spécialement n° 593 ss p. 285, et arrêts cités.

⁷³⁴ Cf. n. 636.

Cependant, comme le droit suisse, la jurisprudence française utilise cette notion expressément au sujet de la description du brevet : il faut que la description soit suffisante pour permettre la réalisation de l'invention par l'homme du métier, « c'est-à-dire par le professionnel compétent, consciencieux et diligent, mais exerçant le métier selon la routine habituelle et n'ayant pas besoin de faire œuvre d'inventeur »⁷³⁵. On peut en déduire que constitue une invention tout ce qui dépasse l'homme du métier « compétent, consciencieux et diligent, mais exerçant le métier selon la routine habituelle ».

Le droit français admet donc implicitement que l'homme du métier, ou l'homme de l'art, dans son activité normale, est un critère de la présence de l'invention. Le texte cité ci-dessus⁷³⁶ considère comme faisant œuvre d'inventeur tout professionnel compétent, consciencieux et diligent qui sortirait de la routine habituelle.

Mais ce critère n'est pas expressément reconnu concernant la brevetabilité puisque, en théorie, la jurisprudence française n'exige pas un niveau inventif minimum.

B. *Loi du 2 janvier 1968*: La loi nouvelle prescrit (art. 9) que l'invention ne doit pas découler de manière évidente de l'état de la technique. Bien entendu, cette évidence ne se mesure pas au savoir de n'importe quel profane ; aussi le rapporteur de la loi a-t-il précisé⁷³⁷ qu'il fallait tenir compte des capacités d'une « personne normalement qualifiée » dans le domaine dont relève l'invention, ou d'une « personne moyennement qualifiée ». Tel est également l'avis de la doctrine : Weinstein⁷³⁸ parle de « technicien moyen » ; Mathély/Plaisant⁷³⁹ de « l'homme de l'art, consciencieux et diligent » ; Valancogne⁷⁴⁰ d'« homme du métier ».

Sur ce point, le nouveau droit français correspond donc entièrement à la jurisprudence suisse.

La formation de l'homme du métier peut-elle, comme en Suisse⁷⁴¹, faire appel selon les circonstances à des connaissances d'un haut degré ? Si l'on doit prendre en considération une personne normalement (ou moyennement) qualifiée dans le domaine dont relève l'invention⁷⁴², il est certain que les connaissances de cette personne varieront considérablement selon que la nouveauté appartiendra à la technique du patin à roulette ou à celle des semi-conducteurs. Il est donc conforme à la définition du législateur de prêter au technicien moyen des connaissances adaptées à chaque cas. C'est du reste le principe appliqué par les tribunaux français concernant la possibilité pour le spécialiste de réaliser l'invention sur la base de la seule description⁷⁴³ : l'on passe du « simple ouvrier »⁷⁴⁴ au « chimiste »⁷⁴⁵.

Concernant l'invention d'équipe, le droit français, comme le Tribunal fédéral, n'a prévu aucun critère particulier, que ce soit sous l'ancien ou sous le nouveau droit. Il y a tout lieu de s'en féliciter.

⁷³⁵ Mathély/Plaisant, fasc. XV coté 11 1957 n° 60 ; Casalonga, t. I n° 74, 238 et 546 ; Rou-bier, t. II p. 224 ss ; Valancogne, t. I n° 232 ss p. 115 ss.

⁷³⁶ Mathély/Plaisant, *ead. loc.*

⁷³⁷ Cf. n. 660.

⁷³⁸ Weinstein, p. 20.

⁷³⁹ Mathély/Plaisant, fasc. III à XXXVIII cotés 5 1969 n° 47.

⁷⁴⁰ Valancogne, t. I n° 764 p. 345.

⁷⁴¹ Cf. n. 707 à 710.

⁷⁴² M. Herzog, cf. n. 660 ; cf. également Weinstein, p. 21.

⁷⁴³ Cf. arrêts cités par Valancogne, t. I n° 239 ss p. 119 ss.

⁷⁴⁴ Valancogne, t. I n° 239 p. 120 n. 118 et arrêts cités.

⁷⁴⁵ Valancogne, t. I n° 241 p. 122 n. 128 et arrêt cité ; *contra* : Weinstein, p. 27, selon lequel le technicien moyen ne possède pas des connaissances scientifiques dépassant celles d'un élève quittant une école technique professionnelle : « il serait illogique et inéquitable de choisir un ingénieur sortant d'une grande école ».

Quel degré d'originalité le travail du technicien moyen peut-il atteindre sans constituer une activité inventive ? Tout dépend du contenu du terme « évidence » utilisé à l'art. 9.

On a vu qu'une partie de la doctrine fixait l'évidence au même niveau que sous le régime de la loi de 1844⁷⁴⁶, c'est-à-dire plus bas, en principe, que le droit suisse. La définition de l'activité inventive donnée par le rapporteur Maurice Herzog⁷⁴⁷ est toutefois semblable à celle du Tribunal fédéral : le travail de l'inventeur « dépasse le simple enchaînement des réflexions » que pourrait faire toute personne moyennement qualifiée. L'effort de réflexion qu'on peut attendre du technicien moyen ne faisant pas œuvre d'inventeur peut donc être qualifié de « normal » ou d'« habituel »⁷⁴⁸, comme en droit suisse. C'est ce qu'expriment Mathély/Plaisant en parlant de la « conscience » et de la « diligence » de l'homme de l'art⁷⁴⁹ ; de même, Weinstein parle du « travail normal »⁷⁵⁰ du technicien. Comme d'autre part le législateur de 1968 entendait élever le niveau d'ingéniosité exigible de l'invention⁷⁵¹, il semble bien que le critère français de l'activité inventive corresponde entièrement au degré d'ingéniosité exigible en Suisse.

Plusieurs indices de l'activité inventive ont été dégagés par la doctrine française : on a vu que Roubier⁷⁵² souligne le caractère imprévu de l'invention ; il fait également appel au critère des difficultés vaincues, et à celui des avantages industriels ou économiques (cet indice correspond à celui du progrès technique en Suisse)⁷⁵³ ; Weinstein admet le critère de la victoire sur un préjugé⁷⁵⁴, celui du besoin insatisfait durant longtemps⁷⁵⁵. On le voit, ces indices sont analogues à ceux qu'utilise la jurisprudence suisse.

La manière de mesurer le degré d'ingéniosité de l'invention décrite de façon détaillée par Weinstein⁷⁵⁶ est d'ailleurs identique à celle des tribunaux suisses⁷⁵⁷.

b) *L'état de la technique*

aa) *Droit suisse* : On apprécie le niveau inventif par rapport aux capacités du technicien moyen placé devant le problème résolu par l'invention, sur la base de l'état de la technique au moment du dépôt de la demande.

L'homme du métier a recours aux connaissances acquises par la technique. Ces connaissances acquises sont rangées sous l'expression générale d'« état de la technique ». Cette notion est surtout utilisée pour déterminer la nouveauté formelle.

L'art. 7 LBI définit l'état de la technique : c'est ce qui a été « divulgué en Suisse », ou ce qui a « été exposé dans des publications par l'écrit ou par l'image, de manière à pouvoir être exécuté par l'homme du métier ».

Il va toutefois de soi que, dans la réalité, l'homme du métier moyen ne connaît pas tout ce qui a été divulgué en Suisse ou publié. Aussi, jusqu'à une date récente, le Tribunal fédéral n'inclut-il dans l'état de la technique, concernant l'examen du

⁷⁴⁶ Cf. n. 658.

⁷⁴⁷ Cf. *supra*, p. 97 et n. 660.

⁷⁴⁸ ATF 94 II 325 ; voir n. 723 et 709.

⁷⁴⁹ Mathély/Plaisant, fasc. III à XXXVIII cotés 5 1969 n° 47.

⁷⁵⁰ Weinstein, p. 21.

⁷⁵¹ Cf. *supra*, p. 97-98.

⁷⁵² Roubier, t. II p. 58 ss.

⁷⁵³ Roubier, *ibid.* ; cf. également Weinstein, p. 23 ; Valancogne, t. I n° 65 ss p. 312 ss.

⁷⁵⁴ Weinstein, p. 25 *in fine*.

⁷⁵⁵ Weinstein, *ibid.*

⁷⁵⁶ Weinstein, p. 20 ss.

⁷⁵⁷ On peut observer d'ailleurs que Steck (p. 52), par exemple, parle de « la question de l'évidence d'une innovation », appliquant ainsi au droit suisse la même terminologie que la loi française de 1968.

niveau inventif, que les connaissances effectives des gens du métier : « Une antériorité peut consister, selon l'art. 4 LBI de 1907⁷⁵⁸, dans une réalisation ou une publication antérieure ignorée ou complètement oubliée des techniciens. Cette disposition introduit donc, *en matière de nouveauté*⁷⁵⁹, une notion de l'état de la technique qui est une pure fiction (Blum/Pedrazzini, Das schweiz. Patentrecht I ad art. 7, rem. 6 p. 342; Troller, Immaterialgüterrecht I p. 202 et ss).

« Il n'en est pas de même dans le domaine du progrès technique et du niveau inventif. Ici, l'état de la technique s'apprécie selon les connaissances effectives des hommes du métier. On ne doit tenir compte d'une invention antérieure que si elle a réellement exercé une influence sur l'état de la technique. Lors donc que, par exemple, une publication n'a pas été divulguée ou est tombée dans l'oubli, on ne peut la prendre en considération pour juger si l'objet d'un brevet litigieux constitue une invention (Matter, Aktuelle Fragen aus dem Gebiet des Patent- und des Patentprozessrechtes, RDS 1944, p. 30 a; Troller, op. cit., p. 199). Troller, dans la 2^e édition de l'ouvrage précité (p. 220), a souscrit à cette jurisprudence. »⁷⁶⁰

Il en est ainsi apparemment même dans le cas où l'antériorité fait l'objet d'un brevet dont la description se trouve à la disposition du public et si elle a été réalisée, exposée dans un magasin, et vendue à quelques exemplaires⁷⁶¹; il suffit qu'elle n'ait plus d'influence sur l'état de la technique lors du dépôt du brevet⁷⁶².

Cette règle paraît difficilement conciliable avec le principe souvent affirmé selon lequel, pour juger du niveau inventif, « il faut... se fonder sur l'état de la technique considérée dans l'ensemble, en tenant compte de toutes les solutions proposées »⁷⁶³ et « de tous les travaux particuliers »⁷⁶⁴.

Un arrêt récent⁷⁶⁵ semble d'ailleurs revenir à une conception unique de l'état de la technique : le niveau inventif doit se mesurer à partir de tout ce qui a été divulgué en Suisse, ou publié dans le monde, de manière à pouvoir être exécuté : il est indifférent à cet égard que ces publications n'aient pas été censées faire partie des connaissances des gens du métier d'instruction moyenne. Il faut donc uniquement examiner si, ayant pris connaissance de ces publications, le technicien moyen était capable de trouver l'invention, dans le cours normal du développement de sa technique⁷⁶⁶.

L'utilisation de deux états de la technique différents a du reste été critiqué par une partie de la doctrine⁷⁶⁷; elle n'est en effet guère logique; mais cette solution du Tribunal fédéral conduit à des résultats équitables : il est certain qu'un technicien, même mis en présence d'une solution oubliée, a rarement l'idée d'en tirer parti : perfectionner une invention qui ne s'est pas imposée et qui a été abandonnée ne fait généralement pas partie du travail normal d'un spécialiste, ni du « développement normal de la technique »⁷⁶⁸. Il nous paraît donc que l'utilisation du critère d'examen habituel, appliqué en tenant compte également des techniques tombées

⁷⁵⁸ Correspondant à l'art. 7 de la loi actuelle.

⁷⁵⁹ En italique dans le texte.

⁷⁶⁰ ATF 94 II 326, 87 II 269.

⁷⁶¹ ATF 94 II 322.

⁷⁶² ATF 94 II 327.

⁷⁶³ ATF 92 II 48 (JT 1966 I 614).

⁷⁶⁴ ATF 89 II 108 (JT 1963 I 611); voir également : ATF 93 II 512, 92 II 290.

⁷⁶⁵ ATF 95 II 363; cf. également ATF 94 II 287, auquel se réfère l'arrêt précédent, et qui définit l'état de la technique concernant la seule nouveauté.

⁷⁶⁶ Le Tribunal fédéral ne précise cependant pas si, en l'espèce, les publications invoquées avaient eu une influence sur la technique actuelle; d'autre part, il ne souligne pas qu'il s'agit d'un changement de jurisprudence. Cette nouvelle orientation n'est donc peut-être pas définitive.

⁷⁶⁷ Cf. Steck, p. 52; Walleiser, RSPI 1962 p. 95; de Mestral, p. 191; Offermann, p. 75.

⁷⁶⁸ ATF 95 II 364.

dans l'oubli, devrait conduire à des résultats semblables à ceux qu'obtient le Tribunal fédéral en se fondant sur les seules connaissances effectives des gens du métier, en raison de l'effort inhabituel que suppose chez un spécialiste l'emploi de telles techniques dans l'industrie moderne. Partant, il nous semble possible d'utiliser une seule notion de l'état de la technique, en tenant compte du fait que l'utilisation de créations oubliées constitue déjà un processus original.

Une question s'est posée : faut-il comprendre dans l'« état de la technique » seulement ce qui a été expressément divulgué, ou faut-il y inclure en outre ce dont est capable le spécialiste dans son travail normal ? Certains auteurs ⁷⁶⁹ optent pour la seconde solution et utilisent la notion d'« état potentiel de la technique ». Le Tribunal fédéral a toutefois consacré la première ⁷⁷⁰.

Qu'en est-il des demandes de brevets non publiées ? La doctrine dominante ⁷⁷¹ les exclut de l'état de la technique, conformément à l'art. 7 LBI. Est-il donc possible d'obtenir un brevet valable pour une invention qui découle évidemment d'une invention antérieure, pourvu que la demande de brevet portant sur celle-ci ne soit pas publiée ?

L'art. 26 ch. 5 LBI prévoit la nullité du brevet « lorsqu'un brevet valable a été délivré pour la même invention par suite d'un dépôt antérieur ou d'un dépôt jouissant d'une priorité antérieure ». La doctrine admet en général que la seconde invention ne doit pas seulement être différente de la première, mais présenter une différence suffisante, c'est-à-dire contenir une idée créatrice par rapport au brevet antérieur ⁷⁷². Selon la jurisprudence du Bureau fédéral de la propriété intellectuelle, ce principe s'applique toutefois uniquement, semble-t-il, aux solutions équivalentes à l'invention brevetée, c'est-à-dire aux exécutions de l'idée inventive qui sont à la portée du technicien moyen ⁷⁷³ ; en revanche, par exemple, l'utilisation d'un produit déjà revendiqué dans un brevet antérieur, ou son procédé de fabrication, pourraient donc faire l'objet d'un brevet subséquent, même s'ils sont évidents. Cette idée n'est pas impliquée, en revanche, dans le raisonnement de Troller ⁷⁷⁴, ni de Blum/Pedrazzini ⁷⁷⁵. Elle présente l'inconvénient majeur de permettre au second inventeur d'interdire au premier breveté la libre exploitation de son invention ; en outre, l'art. 36 LBI, qui permet au titulaire du brevet le plus récent d'obtenir une licence obligatoire, ne peut pas être appliqué ici, faute de progrès notable par rapport à la première invention. Enfin, cette limitation de l'exigence du niveau inventif aux seuls équivalents du premier brevet semble inconciliable avec la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle les brevets additionnels doivent contenir une idée créatrice distincte de celle du brevet principal ⁷⁷⁶ et qui nous paraît applicable, à fortiori, à deux brevets indépendants.

Il est admis d'autre part que seule entre en ligne de compte l'invention revendiquée : le niveau inventif de la seconde invention ne doit pas être mesuré à partir d'éléments figurant uniquement dans la description ⁷⁷⁷. Cette théorie est également critiquable, comme l'admettent du reste les commentateurs ⁷⁷⁸ : elle

⁷⁶⁹ Trüstedt, GRUR 1956 p. 356 ; Matter, RDS 1944 p. 29 a.

⁷⁷⁰ Cf. n. 761-764.

⁷⁷¹ Cf. Blum/Pedrazzini, art. 7 rem. 6 t. I p. 343 et rem. 28 p. 376-377.

⁷⁷² Blum/Pedrazzini, art. 26 rem. 10 t. II p. 141 ; Troller, t. II (éd. 1962) p. 712 ; ATF 27 II 603 ; Gass, p. 87 ; de Mestral, p. 280 ss.

⁷⁷³ PMMBI 1967 I 30 ; cf. de Mestral, p. 283-284 ; ATF 27 II 603.

⁷⁷⁴ Troller, t. II (éd. 1962) p. 712.

⁷⁷⁵ Blum/Pedrazzini, art. 26 rem. 10 t. II p. 141.

⁷⁷⁶ ATF 69 II 188 (JT 1943 I 557 cons. 7).

⁷⁷⁷ Blum/Pedrazzini, art. 26 rem. 10 t. II p. 142 ; de Mestral, p. 283 ; PMMBI 1967 p. 31.

⁷⁷⁸ Blum/Pedrazzini, de Mestral, *ibid.*

permet au second breveté d'obtenir un monopole sur une invention décrite in extenso dans un brevet précédent, mais non revendiquée.

bb) *Droit français*

A. *Loi du 5 juillet 1844*: Selon l'art. 31 de la loi de 1844, n'est « pas réputée nouvelle toute découverte, invention ou application qui, en France ou à l'étranger, et antérieurement à la date du dépôt de la demande, aura reçu une publicité suffisante pour pouvoir être exécutée ou qui se trouvera décrite dans un brevet français, même non publié, mais bénéficiant d'une date antérieure ».

La distinction entre deux états de la technique n'existe pas dans l'ancien droit français; elle serait d'ailleurs incompatible avec le principe de l'examen de la seule nouveauté.

D'autre part, l'art. 31 compte expressément dans l'état de la technique les brevets français, même non publiés.

Etant donné que la jurisprudence française emploie une notion graduelle de la nouveauté⁷⁷⁹, elle inclut dans l'état de la technique non seulement ce qui est connu, mais ce qui est facilement prévisible⁷⁸⁰. Il faut toutefois noter que, dans les fameux arrêts du coq électrique⁷⁸¹ et du moulin à café⁷⁸², le Tribunal civil de la Seine avait fait une nette distinction entre l'activité inventive et la nouveauté: « La nouveauté ne postule pas nécessairement l'existence chez le breveté d'une idée inventive... » Rappelons que la Cour de Paris a réformé ces arrêts⁷⁸³.

B. *Loi du 2 janvier 1968*: Aux termes de l'art. 8 al. 2 de la loi nouvelle, l'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant le jour du dépôt de la demande. L'évidence n'y est pas incluse. La loi de 1968 distingue nettement l'activité inventive de la nouveauté: l'art. 6 pose que l'invention doit « être nouvelle et impliquer une activité inventive »; l'art. 8 définit la nouveauté (est nouveau ce qui n'est pas compris dans l'état de la technique) et l'art. 9 l'activité inventive (est inventif ce qui ne découle pas de manière évidente de l'état de la technique). Aussi Weinstein observe-t-il avec justesse que l'examen de l'originalité est « complètement différent de celui consistant à rechercher la nouveauté »⁷⁸⁴.

Cependant, malgré le texte de la loi, la doctrine française continue à parler de nouveauté quand il s'agit de l'activité inventive⁷⁸⁵. C'est même le cas du rapporteur, Maurice Herzog, qui parle de l'appréciation de la « nouveauté intrinsèque » des inventions brevetées⁷⁸⁶. C'est pourquoi on englobe parfois dans l'état de la technique « tout ce qui est naturellement réalisable par un homme du métier d'après les données courantes de la technique »⁷⁸⁷.

Il ne semble pas que l'art. 9, qui définit l'activité inventive, se réfère à un état de la technique différent de celui que définit l'art. 8. Une distinction en deux états de la technique, analogue à celle du droit suisse, ne paraît donc pas pouvoir être envisagée. La tendance actuelle de la doctrine ne semble en tout cas pas y être favorable⁷⁸⁸.

⁷⁷⁹ Cf. *supra*, p. 95 ss.

⁷⁸⁰ Cf. n. 646 ss.

⁷⁸¹ Ann. 1956 p. 304; cf. n. 619.

⁷⁸² *Ibid.*; cf. n. 620.

⁷⁸³ Ann. 1957 p. 379 ss; cf. *supra*, p. 94 ss.

⁷⁸⁴ Weinstein, p. 21.

⁷⁸⁵ Weinstein, *ibid.* (« excédent de nouveauté »); Mathély/Plaisant, fasc. III à XXXVIII cotés 5 1969 n° 47; R. Plaisant, Rev. trim. Dr. com. 1971 p. 213 ss.

⁷⁸⁶ JO Ass. Nat. 1966-67 doc. annexe n° 244 p. 1593; cf. n. 655 et 74.

⁷⁸⁷ Perot-Morel, JCP 1965 Doctrine 1905; voir aussi: Valancogne, t. I n° 764 p. 345.

⁷⁸⁸ Weinstein, p. 20; Mathély/Plaisant, fasc. III à XXXVIII cotés 5 1969 n° 47; Valancogne, t. I n° 762 ss p. 344.

Contrairement à l'ancien art. 31, le nouvel art. 12 n'inclut pas les demandes de brevets français non publiées dans l'état de la technique ⁷⁸⁹ : il prescrit seulement qu'une revendication ne peut pas porter sur une invention déjà revendiquée dans une demande antérieure. L'activité inventive se mesurant uniquement à partir de l'état de la technique défini à l'art. 8, il semble donc possible, à première vue, de faire breveter une nouveauté qui serait évidente par rapport à une invention décrite dans une revendication antérieure, mais qui ne serait pas absolument identique. Il convient toutefois de souligner que, aux termes de l'art. 63, l'invention faisant l'objet d'un certificat d'addition n'est pas soumise à l'exigence de l'activité inventive à l'égard du contenu du brevet principal; d'autre part, l'art. 65 prévoit qu'un certificat d'addition dont l'objet n'est pas rattaché au brevet principal peut être déclaré nul pour défaut d'activité inventive relativement à ce dernier. L'art. 63 apparaît donc comme une exception à une règle générale valable pour les demandes de brevet, et qui reprend force, en vertu de l'art. 65, lorsque l'objet du certificat d'addition doit être couvert par un brevet indépendant, comme toute autre invention ⁷⁹⁰. Cette règle, qui s'applique aux certificats d'addition, ne doit-elle pas s'appliquer à fortiori aux autres demandes de brevets ? Il paraîtrait arbitraire que seules les inventions brevetées par erreur sous la forme de certificat d'addition soient nulles, faute de niveau inventif par rapport à l'invention principale, même si cette dernière n'avait pas encore été publiée (le certificat peut en effet être demandé même avant la délivrance du brevet principal et la publication de la demande ⁷⁹¹), alors que cette nullité, qui provient de leur assimilation aux brevets, ne frapperait pas ces derniers.

c) *La petite invention*: La jurisprudence suisse ancienne distinguait parfois entre grandes et petites inventions, pour affirmer la brevetabilité de ces dernières quelle qu'ait été leur importance ⁷⁹², comme le fait la jurisprudence française ⁷⁹³. Cette expression ne sert qu'à désigner des nouveautés qui ne sont pas révolutionnaires, mais qui peuvent remplir les conditions de la brevetabilité. On ne peut donc l'opposer qu'à l'invention de pionnier, et non à l'invention d'un niveau suffisant : il y a tout au plus une différence dans la portée du brevet, mais non dans sa validité, une petite invention pouvant témoigner d'une grande originalité.

Cette distinction ne s'est jamais imposée en droit français, et c'est heureux. La doctrine dominante et la jurisprudence suisses y ont aussi renoncé ⁷⁹⁴.

5. Le niveau inventif et les diverses formes de l'invention

a) *Généralités*: La jurisprudence française classique, refusant d'appliquer le critère du niveau inventif, s'est attachée à définir les notions de produit, application et combinaison nouveaux en leur opposant notamment celles d'emploi nouveau et de juxtaposition non brevetables. Les diverses formes de l'invention ont beaucoup moins d'importance en droit suisse, où l'originalité de l'invention a toujours été examinée quel que soit le type de nouveauté envisagé. Il en ira probablement de même sous le régime de la nouvelle loi française. Les exemples cités plus loin sont tirés de la jurisprudence relative à la loi de 1844, aucune décision fondée sur la nouvelle loi n'ayant encore été publiée.

⁷⁸⁹ Savignon, PI 1968 p. 81.

⁷⁹⁰ Cf. Weinstein, p. 82.

⁷⁹¹ Cf. Mathély/Plaisant, fasc. XVI coté 5 1969 n° 85 ; décret 68-1100 du 5 déc. 1968, art. 72 al. 1 (JO 7 et 29 déc. 1968).

⁷⁹² TF 25 sept. 1908, Steiner... c. Seiler, JT 1909 I 190-191 ; ATF 30 II 103 (Ann. jur. XII 1904 n° 60 p. 23), 30 II 338 (Ann. jur. XII 1904 n° 63 p. 24), et arrêts cités sous n. 547.

⁷⁹³ Cf. n. 591.

⁷⁹⁴ Cf. Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 24 t. I p. 132-133 ; de Mestral, p. 251.

Il convient de souligner que les diverses catégories dégagées par la jurisprudence et la loi s'interpénètrent ⁷⁹⁵; ainsi les changements de forme et de matière qu'on oppose généralement au produit brevetable ⁷⁹⁶, constituent également des emplois nouveaux opposés à l'application nouvelle; de même, le tour de main opposé au procédé, peut consister en un emploi nouveau, une juxtaposition, ou donner naissance à un produit; la combinaison non brevetable peut être un tour de main ou un produit sans constituer une juxtaposition. Il s'agit là des diverses facettes de l'invention qui appartient à la technique courante; la jurisprudence classe l'invention examinée dans tel ou tel type, selon l'aspect le plus frappant qu'elle présente; mais il s'agit toujours d'apprécier l'écart séparant la nouveauté de l'état de la technique ⁷⁹⁷.

b) *Le niveau inventif et le produit nouveau: changements de forme, de matière, de dimensions, intervention, etc.*

aa) *Droit suisse*: Les changements dans la forme et la dimension des produits ne sont pas considérés comme inventifs, en général ⁷⁹⁸. N'est donc pas brevetable, par exemple :

- un simple changement apporté à la longueur et à la largeur de la doublure d'un sous-vêtement, qui ne suffit pas à créer un produit technique nouveau ⁷⁹⁹;

- le biseautage des lettres d'en-tête d'un registre ⁸⁰⁰;

- une simple diminution du poids et des dimensions du socle d'un poteau pour conduite électrique, même si elle facilite le transport et constitue indubitablement par là un progrès technique ⁸⁰¹;

- l'adaptation de deux leviers secondaires latéraux au levier principal d'une soupape de chasse d'eau, qui augmente la résistance à la pression, mais ne présente qu'une différence quantitative avec les systèmes connus ⁸⁰²;

- la diminution du diamètre du réservoir d'un stylo à bille ⁸⁰³.

En revanche, le changement de forme ou de dimension peut être breveté quand il apporte un résultat technique inattendu; est brevetable, par exemple :

- le radiateur d'automobile en « nid d'abeille » ⁸⁰⁴;

- la forme polygonale à facettes des fonds vissés des boîtes de montres, selon le système appliqué aux écrous, les fonds vissés existant depuis cinquante ans sans que personne en ait eu l'idée ⁸⁰⁵;

- la forme d'une turbine ⁸⁰⁶.

L'intervention cinétique de deux éléments (consistant à rendre mobile l'élément fixe et inversement) dans un mécanisme est à la portée du technicien moyen, à moins d'un effet inattendu ⁸⁰⁷.

⁷⁹⁵ Cf. *supra*, III Les formes de l'invention.

⁷⁹⁶ Cf. Mathély-Plaisant, fasc. V coté 5 1958 n° 21.

⁷⁹⁷ Valancogne, t. I n° 706 p. 326.

⁷⁹⁸ Cf. Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 22 t. I p. 130 ; outre les arrêts cités ci-après, voir encore : ATF 29 II 360, 38 II 282.

⁷⁹⁹ ATF 16 595 (JT 1890 I 532).

⁸⁰⁰ ATF 27 II 248.

⁸⁰¹ ATF 34 II 56.

⁸⁰² TF 18 déc. 1903, Kugler... c. Rasario et Viollet, JT 1904 I 245 ss.

⁸⁰³ ATF 82 II 252.

⁸⁰⁴ ATF 35 II 648 ; cette forme, une fois connue, ne constitue toutefois pas une différence suffisante pour distinguer un radiateur d'un autre construit selon un même système, mais de forme différente : ATF 58 II 286.

⁸⁰⁵ ATF 74 II 141.

⁸⁰⁶ ATF 37 II 295.

⁸⁰⁷ ATF 27 II 604, 38 II 287, 38 II 601 ; Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 22 t. I p. 129 ; Matter, RDS 1944 p. 39 a ; de Mestral, p. 207.

On trouve souvent dans la jurisprudence ancienne le terme de « simple construction » pour désigner un produit de la technique courante⁸⁰⁸. La doctrine préfère actuellement éviter ce terme peu précis⁸⁰⁹.

Il ne faut pas confondre le changement des dimensions lui-même avec les problèmes que pose la miniaturisation ou l'agrandissement : la solution de ces problèmes est évidemment brevetable si elle atteint un certain niveau. Le changement de dimensions n'est ici que le résultat de l'invention, non l'invention elle-même⁸¹⁰. Ainsi, dans la réduction des dimensions d'un poteau électrique sans diminution de la résistance à la rupture, ce n'est pas le changement de dimensions qui est brevetable, mais la manière dont on l'obtient⁸¹¹.

bb) *Droit français* : Les changements de forme et de dimensions ne peuvent pas non plus être protégés en principe⁸¹² ; n'est pas brevetable, par exemple :

— l'idée d'amener le liquide par quatre tuyaux au lieu de deux dans une tireuse isobariométrique des bières⁸¹³ ;

— une différence de forme dans une reliure à feuillets mobiles⁸¹⁴ ;

— une caisse démontable dont les tenons et mortaises sont rectangulaires au lieu d'être cylindriques, faute d'effet industriel⁸¹⁵ ;

— un grand siège pliable obtenu en prolongeant l'X du tabouret antique⁸¹⁶ ;

— la forme arrondie d'oreillons pour seaux et baquets, faute de résultat industriel⁸¹⁷.

Comme en droit suisse, le changement de forme ou de dimension qui entraîne un effet technique peut être breveté ; est brevetable par exemple :

— un verre de lorgnette de forme nouvelle, modifiant l'usage et la nature d'un instrument d'optique⁸¹⁸ ;

— un instrument de musique, dit « saxotromba », d'une forme et de son nouveaux⁸¹⁹ ;

— des cartes à jouer à coins arrondis, offrant une facilité de maniement et une solidité plus grandes⁸²⁰.

L'interversion de moyens n'est pas brevetable⁸²¹.

La jurisprudence française utilise parfois, comme le Tribunal fédéral, la notion de « construction » non brevetable⁸²².

⁸⁰⁸ ATF 29 II 360, 43 II 523, 44 II 204, 71 II 311 (JT 1946 I 313), 76 I 380 (JT 1951 I 152).

⁸⁰⁹ Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 21 t. I p. 127 ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 196 ; de Mestral, p. 209.

⁸¹⁰ Cf. Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 22 t. I p. 130.

⁸¹¹ ATF 34 II 562.

⁸¹² Pouillet, n° 62 ; Valancogne, t. I n° 568 ss p. 282 ss ; Mathély/Plaisant, fasc. V coté 5 1958 n° 18.

⁸¹³ Trib. civ. Seine 26 mars 1925, 6 janv. 1927, Ann. 1927 I p. 95, cité par Valancogne, t. I n° 589 p. 282 n. 330.

⁸¹⁴ Trib. civ. Seine 12 mai 1954, Paris 30 janv. 1956, Ann. 1956 p. 29, cité par Valancogne, t. I n° 593 p. 285 n. 346.

⁸¹⁵ Trib. civ. Seine 3 juin 1950, Ann. 1950 p. 243, cité par Valancogne, t. I n° 605 p. 291 n. 376.

⁸¹⁶ Paris 28 mars 1857, Ann. 1857 p. 487, cité par Mathély/Plaisant, fasc. V coté 5 1958 n° 21.

⁸¹⁷ Paris 27 fév. 1928, Ann. 1929 p. 312, cité par Mathély/Plaisant, *eod. loc.*

⁸¹⁸ Cass. crim. 10 mars 1853, Bull. crim. n° 87, cité par Mathély/Plaisant, fasc. V coté 5 1958 n° 20.

⁸¹⁹ Cass. 25 janv. 1867, Ann. 1869 p. 295, cité par Mathély/Plaisant, *eod. loc.*

⁸²⁰ Cass. req. 27 déc. 1867, Dalloz 1868 I 416, cité par Mathély/Plaisant, *eod. loc.*

⁸²¹ Valancogne, t. I n° 588 p. 282.

⁸²² Valancogne, t. I n° 597 ss et arrêts cités.

c) *Le niveau inventif et le procédé: le tour de main*

aa) *Droit suisse*: La notion de « tour de main » a été utilisée depuis longtemps par le Tribunal fédéral et la doctrine. Il a été également défini par le rapporteur de la loi de 1954 devant le Conseil national, Tell Perrin, qui parle de « travail de la main plutôt que du cerveau »⁸²³.

Il s'agit d'une manière plus ou moins habile d'opérer dans des processus techniques, en particulier mécaniques; le tour de main est donc à la portée de l'homme du métier, et, partant, il n'est pas brevetable. Mais on peut déjà l'écarter parce qu'il constitue souvent une méthode s'appliquant à l'esprit humain, une règle de comportement dépourvue de caractère technique⁸²⁴.

Tell Perrin a donné devant le Conseil national les exemples suivants de tours de main⁸²⁵:

- la distribution d'objets manufacturés par une conduite légèrement inclinée, plutôt qu'horizontale, de manière à assurer un débit régulier;
- le renforcement d'une pièce qui se révèle trop faible à l'usage;
- l'assouplissement d'une pièce rigide;
- le changement d'emplacement;
- le changement de la forme d'un manche d'outil, de manière à l'avoir mieux en main.

La jurisprudence du Tribunal fédéral a écarté par exemple:

- l'utilisation de caoutchouc poreux pour la fabrication de corsets⁸²⁶.

Il va de soi que la brevetabilité est acquise si un effet particulier et inattendu est atteint⁸²⁷.

bb) *Droit français*: Le « tour de main » ne peut pas être breveté⁸²⁸. Les exemples abondent. N'est pas brevetable, entre autres:

- l'ajustage plus minutieux dans une encoche des rayons d'un meuble classer⁸²⁹;
- l'utilisation pour la fabrication des ciments Portland de bassins de trituration et de bassins de dosages, le procédé restant le même⁸³⁰;
- le revêtement de fromages par des grains de moins en moins grossiers et plus acceptables aux yeux et au goût du consommateur⁸³¹.

La pratique a toutefois introduit des droits de « possession personnelle » qui peuvent s'attacher à de tels tours de main. Les documents concernant ces « procédés » peuvent être protégés par enveloppe Soleau, pli cacheté déposé à l'Office national de la propriété industrielle. Mais ce dépôt ne sert guère qu'à prouver une priorité d'utilisation ou de connaissances en cas de litige⁸³².

⁸²³ Bull. stén. CN 1952 p. 247.

⁸²⁴ Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 22 t. I p. 127; de Mestral, p. 206.

⁸²⁵ Bull. stén. CN 1952 p. 324.

⁸²⁶ ATF 26 II 229 (JT 1901 I 28).

⁸²⁷ Jenny, p. 119.

⁸²⁸ Mathély/Plaisant, fasc. V coté 5 1958 n° 36; Valancogne, t. I n° 468 ss p. 227 et n° 574 ss p. 274 ss; Roubier, t. II p. 113.

⁸²⁹ Cass. crim. 27 nov. 1963, Ann. 1964 p. 115, cité par Valancogne, t. I n° 576 p. 275 n. 299 et n° 577 p. 277 n. 310.

⁸³⁰ Douai, 16 mars 1877, Ann. 1877 p. 310, cité par Valancogne, t. I n° 575 p. 275 n. 298.

⁸³¹ Cass. com. 16 juin 1964, Ann. 1964 p. 129, cité par Valancogne, t. I n° 576 p. 276 n. 300.

⁸³² Cf. Mathély/Plaisant, fasc. XIV coté 11 1957 n° 6-8, et fasc. V fiche jaune cotée 5 1968 n° 36; Casalonga, t. I n° 381.

d) *Le niveau inventif et l'application nouvelle: l'emploi nouveau*

aa) *Généralités*: Comme nous l'avons exposé ⁸³³, l'invention d'adaptation n'est qu'un cas particulier de l'invention de fonction, où la fonction trouvée n'est qu'une sous-espèce particulière de la fonction générale.

Dans l'application nouvelle, l'invention ne porte pas sur le moyen lui-même, ni sur le résultat, qui peuvent être connus, mais sur le rapport entre le moyen et le résultat ⁸³⁴.

bb) *Droit suisse*: En principe, la transposition, ou adaptation, n'est pas brevetable. L'homme du métier se tourne en effet naturellement vers les domaines voisins, où il puise des solutions aux problèmes qu'il rencontre dans son travail quotidien. L'écart entre deux domaines ne saurait toutefois servir de critère de la brevetabilité à lui tout seul : il est difficile de décider si tel domaine est plus ou moins proche de tel autre, sans faire appel à la notion de l'homme du métier. Celle-ci donne le point de comparaison déterminant ⁸³⁵.

L'adaptation sera d'autant plus digne d'être brevetée qu'elle aura présenté de difficultés au technicien ⁸³⁶. Cependant, dans ce cas, le brevet portera peut-être seulement sur les moyens trouvés pour résoudre ces difficultés, celles-ci ne suffisant pas toujours à rendre imprévisible l'idée même de la transposition ⁸³⁷.

L'application nouvelle met deux branches en présence; il faut donc examiner si l'invention est à la portée d'un technicien moyen de chaque domaine. Il suffit que l'un d'eux soit capable d'accéder à l'invention par un effort de réflexion normal pour que l'innovation ne puisse pas être protégée ⁸³⁸.

Le Tribunal fédéral a refusé la protection, par exemple, aux applications suivantes :

— l'utilisation de corps de chauffe électriques pour le chauffage de pièces de grandes dimensions, alors que le système était déjà appliqué à des pièces plus petites ⁸³⁹;

— l'adaptation à la luge de sport d'une direction à volant déjà utilisée sur les automobiles, les bateaux à naphte et les rouleaux compresseurs ⁸⁴⁰;

— l'adaptation, à des locomotives à tension supérieure à 10 000 volts, de l'idée connue, même pour des véhicules sur rail, d'un réglage sur le côté haute tension déjà utilisé pour les installations fixes ⁸⁴¹;

— la transposition d'un support, qui était déjà utilisé dans les lampes à électrodes de charbon, au fil électrique d'une lampe à incandescence ⁸⁴²;

— l'application de l'acier chromé au nickel dans la fabrication de casques ⁸⁴³;

— l'application, à un dessous de plat destiné à recevoir des objets brûlants, et composé de deux plaques superposées, de supports de raccord de faible section peu conducteurs de chaleur, de telles chevilles étant déjà utilisées dans la construction des portes de fourneaux ordinaires ⁸⁴⁴;

⁸³³ Cf. *supra*, p. 49 ss.

⁸³⁴ Valancogne, t. I n° 695 p. 323 ; Mathély/Plaisant, fasc. VI coté 5 1958 n°8 9-18 ; ATF 56 II 148 (JT 1930 I 427), 69 II 188 (JT 1943 I 549 ss).

⁸³⁵ Cf. Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 33 t. I p. 148.

⁸³⁶ Cf. Blum/Pedrazzini, *ibid.* ; ATF 56 II 148 (JT 1930 I 427), 44 II 203, 71 II 311 (JT 1946 I 311), 37 II 266 (JT 1912 I 532).

⁸³⁷ ATF 71 II 311 (JT 1946 I 312).

⁸³⁸ ATF 92 II 48 (JT 1966 I 615).

⁸³⁹ ATF 37 II 262 (JT 1912 I 532).

⁸⁴⁰ TF 25 sept. 1908, Steiner... c. Seiler, JT 1909 I 186.

⁸⁴¹ ATF 71 II 296 (JT 1946 I 305).

⁸⁴² ATF 44 II 204.

⁸⁴³ ATF 56 II 141 (JT 1930 I 429).

⁸⁴⁴ ATF 59 II 325 (JT 1934 I 527).

- l'adaptation à l'industrie du meuble de méthodes d'application de laque connues en poterie et dans l'industrie des boîtes de conserve ⁸⁴⁵;
- l'application du chauffage central aux caves à fermentation (notamment fromageries) ⁸⁴⁶;
- l'utilisation d'ampoules de verre, déjà connues, à la conservation du chlorure d'éthyle, qui constitue un simple emploi nouveau ⁸⁴⁷;
- l'application du caoutchouc poreux pour la garniture des corsets ⁸⁴⁸;
- l'adaptation au domaine de la laque d'un appareil utilisé pour étendre de la couleur ou de l'encre ⁸⁴⁹;
- l'adaptation à un pistolet à peinture d'un moteur de rasoir électrique ⁸⁵⁰.

Sont en revanche brevetables, par exemple :

- l'application à un distributeur automatique de billets d'une crémaillère utilisée dans un ancien modèle de fusil ⁸⁵¹;
- l'injection d'une solution salée pour la conservation des viandes après et non avant l'apparition de la rigidité cadavérique, la perméabilité des tissus permettant alors une meilleure pénétration et une conservation plus longue ⁸⁵²;
- l'emploi d'un métal dur dans la fabrication des pointes antidérapantes des fers à cheval, alors que de tels métaux étaient considérés jusqu'alors comme trop cassants pour une telle utilisation ⁸⁵³.

L'invention doit porter sur une nouvelle fonction, non sur la découverte d'un avantage jusqu'alors inaperçu découlant de la fonction connue ⁸⁵⁴.

Blum/Pedrazzini ⁸⁵⁵ défend l'opinion que la brevetabilité de l'utilisation nouvelle d'un produit connu dépendrait de la question de savoir si le moyen est déjà breveté ou non. S'il n'est pas breveté, il faudrait refuser la brevetabilité, car le moyen appartient alors au domaine public. Le contrôle de l'utilisation serait en outre impossible en pratique.

Un ancien arrêt du Tribunal fédéral ⁸⁵⁶ donne raison à ces auteurs : « Reconnaître la validité du brevet serait d'ailleurs ni plus ni moins empêcher celui qui possède une essence de s'en servir dans certains cas déterminés, autrement dit apporter à l'exercice de son droit de propriété une restriction manifestement abusive. » Il en va autrement si le moyen connu fait l'objet d'un brevet : alors, on a un brevet dépendant.

Ce raisonnement est contestable. Il est certes difficile de contrôler si personne n'utilise le moyen connu à l'usage breveté. Sans doute, le propriétaire d'un tel moyen serait limité dans ses droits. Mais le propriétaire de divers éléments du domaine public que n'importe qui peut se procurer, et dont l'assemblage est breveté, n'est-il pas également limité dans ses droits ? Il ne peut pas librement exploiter l'invention et vendre l'assemblage breveté, composé pourtant d'éléments qui lui appartiennent. Cette limitation est encore plus évidente dans le cas du

⁸⁴⁵ ATF 92 II 48 (JT 1966 I 615).

⁸⁴⁶ ATF 42 II 72.

⁸⁴⁷ ATF 26 II 45 ss.

⁸⁴⁸ ATF 26 II 229 (JT 1901 I 28).

⁸⁴⁹ ATF 67 II 57 (JT 1941 I 335).

⁸⁵⁰ ATF 89 II 108 (JT 1963 I 611).

⁸⁵¹ ATF 21 299.

⁸⁵² TF 30 juin 1937, Sviheisa AG... c. Schinken AG, JT 1938 I 71.

⁸⁵³ ATF 69 II 188 (JT 1943 I 549).

⁸⁵⁴ Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 34 t. I p. 151 ; ATF 37 II 266 (JT 1912 I 532), 41 II 518, 42 II 71, 44 II 203, 49 II 141.

⁸⁵⁵ Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 34 t. I p. 152.

⁸⁵⁶ ATF 49 II 147.

brevet portant sur l'utilisation nouvelle d'une matière connue : Blum/Pedrazzini admettent eux-mêmes que, dans un tel cas, tout le monde peut continuer à fabriquer et à utiliser le produit comme par le passé, mais non pour l'usage breveté⁸⁵⁷ ; cette position est évidemment incompatible avec le raisonnement que nous examinons. La difficulté de contrôle existe également dans ce cas-là. De toute manière, ce n'est jamais que l'exploitation commerciale dont serait privé le propriétaire du moyen connu.

De plus, si l'idée est originale et nouvelle, le moyen n'aura été connu et acheté qu'en raison d'usages différents de l'usage breveté. Personne ne sera donc privé de ce qu'il possédait, puisque personne ne connaissait l'usage nouveau⁸⁵⁸.

Il convient de remarquer que l'invention de fonction est souvent extrêmement proche de la découverte. En effet, c'est la découverte d'une nouvelle propriété du moyen connu qui constitue la plupart du temps le travail le plus difficile. L'utilisation découle souvent immédiatement de la mise en lumière de la qualité inconnue⁸⁵⁹. Néanmoins, ce n'est pas la découverte en elle-même qui est protégée, mais bien l'utilisation⁸⁶⁰. Le critère de l'homme du métier moyen est toujours utilisable, l'activité inventive étant localisée surtout dans la découverte, qui n'était pas accessible par un effort de réflexion normal sur la base de la technique courante⁸⁶¹.

En définitive, l'emploi nouveau non brevetable, au sens du droit suisse, est simplement l'application nouvelle à la portée de l'homme du métier.

cc) *Droit français* : L'invention de fonction a fait l'objet de discussions très vives à la Chambre des Députés⁸⁶². Arago défendait l'opinion que la loi devait protéger les découvertes comme celles de Davy : celui-ci avait découvert que des lanternes, fort communes, dans lesquelles la flamme était entourée de toile métallique, ne provoquaient pas d'explosion quand on les plaçait dans un gaz inflammable, car la flamme se refroidissait en passant à travers la grille ; d'où son utilité dans les mines. Arago donnait également l'exemple du zincage du fer, publié au XVIII^e siècle par Malouin comme moyen d'éviter la rouille : les industriels avaient cru que seuls les parties recouvertes de zinc ne rouilleraient pas. L'idée fut abandonnée. Mais au XIX^e siècle, Sorel démontra que le fer zingué avait des propriétés électriques, qui l'empêchaient de rouiller même où il n'y avait pas de zinc.

Concernant cette redécouverte, le rapporteur de la loi, Philippe Dupin, avait répondu à Arago que ressusciter le passé n'était pas inventer⁸⁶³. Seul, Etienne Blanc⁸⁶⁴ admet la brevetabilité du zincage du fer, que Pouillet⁸⁶⁵ écarte avec raison, le zincage du fer appartenant au domaine public (une découverte scientifique sur le fonctionnement d'un phénomène connu n'entraîne pas la brevetabilité de ce phénomène).

Quant à la lampe de Davy, Pouillet fait observer que l'usage dans les mines ne différait pas de l'usage extérieur : il s'agit de l'éclairage. Cependant, la lampe sert aussi d'avertisseur : elle s'éteint quand la proportion du gaz atteint un neuvième de l'atmosphère. Mais Pouillet fait valoir, comme le Tribunal fédéral dans l'arrêt cité plus haut concernant l'utilisation d'une essoreuse⁸⁶⁶, que le propriétaire d'une

⁸⁵⁷ Blum/Pedrazzini, art. 52 rem. 7 t. III p. 257 ; cf. aussi message du CF du 25 avr. 1950, FF 1950 I p. 1000.

⁸⁵⁸ Cf. de Mestral, p. 227.

⁸⁵⁹ Cf. n. 147 à 152.

⁸⁶⁰ Cf. n. 150.

⁸⁶¹ Kambli/Mannhart, RSPI 1957 p. 69-70 ; Trüb, RSPI 1956 p. 171 ss ; de Mestral, p. 131 ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 215 ; ATF 49 II 141, 93 II 514.

⁸⁶² Cf. Couhin, t. I p. 325 ss.

⁸⁶³ Cf. Couhin, t. I p. 331.

⁸⁶⁴ Blanc, p. 455.

⁸⁶⁵ Pouillet, n° 61.

⁸⁶⁶ ATF 49 II 147 ; cf. *supra*, p. 114.

lampe se verrait restreint dans ses droits, car il avait auparavant la possibilité d'aller dans les mines avec sa lampe.

Cet argument semble peu convaincant, pour les raisons que nous avons indiquées ⁸⁶⁷.

On pourrait cependant admettre, comme le fait Pouillet ⁸⁶⁸, citant Blanc, que « découvrir qu'un procédé connu produit nécessairement et simultanément deux effets au lieu d'un, ce n'est ni inventer, ni modifier le procédé ».

La lampe de Davy s'éteignait déjà, quand on la plaçait dans une certaine concentration de gaz. Indiquer aux utilisateurs qu'elle peut servir de signal de danger et leur demander de se comporter en conséquence, c'est une méthode purement intellectuelle sans effet technique déterminé. Le défaut de caractère industriel empêcherait donc la protection.

A ce raisonnement on peut toutefois opposer celui de Valancogne ⁸⁶⁹, qui nous paraît difficilement contestable : la lampe de Davy n'avait jamais été mise en présence d'une atmosphère explosible, pas plus que le DDT, déclaré brevetable ⁸⁷⁰ n'avait été mis en présence des insectes ; elle pouvait donc être protégée. On peut également rappeler que l'utilisation comme remède d'une substance déjà connue est brevetable.

Les différentes définitions données par la doctrine française de l'application nouvelle comprennent en général le transport d'industrie ⁸⁷¹. On ne le distingue pas de l'invention de fonction. Pouillet ⁸⁷² donne de l'application nouvelle la définition suivante : « Appliquer d'une manière nouvelle, c'est purement et simplement employer des moyens connus, tels qu'ils sont connus, sans même y rien changer, pour en tirer un résultat différent de celui qu'ils avaient produit jusque-là. »

Selon Armengaud ⁸⁷³ : « L'application nouvelle de moyens connus s'entend de l'invention qui tire du domaine public les moyens qui servent à la réaliser, mais en les utilisant d'une autre façon ou pour un autre but. »

Roubier ⁸⁷⁴ admet l'existence de l'application nouvelle de moyens connus quand « on a tiré de ce moyen un résultat auquel on n'avait pas pensé » ⁸⁷⁵.

Pour Casalunga ⁸⁷⁶, l'application nouvelle consiste à « faire jouer à un moyen un rôle nouveau ou simplement différent ; à cet effet, il est nécessaire de le modifier ou de l'adapter ».

La modification, ou adaptation du moyen serait donc le critère de l'existence d'une application nouvelle. Ce critère, utilisé dans quelques arrêts ⁸⁷⁷, n'est cependant pas retenu par la doctrine et la jurisprudence françaises dominantes ⁸⁷⁸. Il faut les en louer. En effet, il est tout à fait possible de trouver des applications nouvelles sans modification du moyen utilisé. Un exemple frappant en est donné par l'utilisation d'une substance connue en tant que médicament, dont la brevetabilité est expressément reconnue par la loi nouvelle (art. 10), ou par l'emploi du DDT comme insecticide ⁸⁷⁹.

⁸⁶⁷ Cf. *supra*, p. 114 ss.

⁸⁶⁸ Pouillet, n° 61.

⁸⁶⁹ Valancogne, t. I n° 653 p. 311 et n° 349-350 p. 170 ; voir aussi Roubier, t. II p. 93.

⁸⁷⁰ Trib. civ. Seine, 28 avr. 1949, Ann. 1951 p. 143.

⁸⁷¹ Cf. n. 283-288.

⁸⁷² Pouillet, n° 31.

⁸⁷³ Armengaud, n° 12.

⁸⁷⁴ Roubier, t. II p. 121.

⁸⁷⁵ Voir aussi : Blanc, p. 435 ; Nougier, n° 410 ; Voulet, D. 4.

⁸⁷⁶ Casalunga, Traité de la Brevetabilité, n° 206 à 208.

⁸⁷⁷ Cf. Valancogne, t. I n° 500 ss p. 239 ss.

⁸⁷⁸ Cf. auteurs cités sous n. 873 à 877, et : Mathély/Plaisant, fasc. VI coté 5 1958 n° 17 et 18 ; Valancogne, t. I n° 519 ss p. 247 ss et n° 650 ss p. 310 ss ; Roubier, t. II p. 130 ss.

⁸⁷⁹ Valancogne, t. I n° 653 p. 311.

Blanc ⁸⁸⁰ admet la brevetabilité du transport d'industrie; mais l'application dans une industrie analogue n'est brevetable que si le résultat est nouveau. Blanc semble donc utiliser le critère, employé par Blum/Pedrazzini et le Tribunal fédéral, de la plus ou moins grande « parenté » entre les industries impliquées. Cependant, Pouillet ⁸⁸¹, se référant à Picard et Olin, fait valoir avec raison qu'est seule déterminante la nouveauté du rapport entre résultat et moyen; l'analogie ou l'écart entre les industries est indifférent.

Est-ce à dire que toute application est brevetable, en France, tant qu'aucune antériorité de toutes pièces ne lui aura pas été opposée ? Comme il est impossible de breveter des évidences, le droit français a créé le critère de l'emploi nouveau non brevetable.

Pouillet ⁸⁸² en donne la définition suivante: c'est « l'apparition qui, tout en changeant d'objet ou de matière, ne diffère cependant en rien par son résultat, par ses effets des applications faites antérieurement, qui manque par conséquent du caractère essentiel de l'application, considérée par la loi comme une invention nouvelle, la différence dans le résultat obtenu ». Cette définition est acceptée généralement en France ⁸⁸³.

Elle ne fait toutefois que déplacer le problème : constitue un emploi nouveau ce qui ne diffère pas dans ses résultats de ceux obtenus précédemment par le même moyen. Autrement dit, est une application nouvelle ce qui diffère suffisamment de l'emploi connu. Pouillet dit : « qui ne diffère en rien ». En fait, un emploi nouveau ne peut pas ne pas différer d'un emploi connu. Il s'agit donc toujours d'apprécier la distance séparant l'état connu de la technique de l'innovation : la différence entre l'emploi nouveau et l'application nouvelle est progressive et son examen revient en définitive à apprécier l'activité inventive ⁸⁸⁴. Le critère est donc loin d'être plus sûr que celui du niveau inventif ⁸⁸⁵.

Aussi la jurisprudence était-elle parfois contradictoire : ainsi, constitue une application nouvelle brevetable l'emploi en chirurgie d'une lampe utilisée dans les phares ⁸⁸⁶, ou l'emploi de machines, précédemment destinées au cardage et à la filature de la laine, à la fabrication d'un tissu formé d'un mélange de laine cardée et de duvet ⁸⁸⁷; il s'agit pourtant là, apparemment, d'emplois nouveaux n'apportant pas de résultats différents des usages précédents.

La jurisprudence concernant l'emploi nouveau est abondante. N'est pas brevetable par exemple ⁸⁸⁸ :

— l'emploi de la presse à plateau pour le tannage des cuirs, lorsque le tannage par pression était déjà connu, que l'utilisation de la presse à plateau ne donne pas de résultat spécial dans le tannage et qu'elle peut être remplacée indifféremment par toute autre presse de disposition convenable ⁸⁸⁹;

— l'application à un fourneau d'un système de roulettes destiné à le rendre mobile, l'adaptation de roulettes à d'autres meubles dans le même but existant depuis longtemps ⁸⁹⁰;

⁸⁸⁰ Blanc, p. 435.

⁸⁸¹ Pouillet, n° 44.

⁸⁸² Pouillet, n° 37.

⁸⁸³ Mathély/Plaisant, fasc. VI coté 5 1958 n° 19 et arrêts cités ; Valancogne, t. I n° 643 p. 308.

⁸⁸⁴ Cf. n. 651 et 162.

⁸⁸⁵ Cf. n. 653 ; R. Plaisant, n. sous Cass. com. 21 avr. 1969, Dalloz jurisprudence, 1969 p. 736 ; Chavanne, Rev. trim. Dr. com. 1966 p. 66.

⁸⁸⁶ Lyon 14 déc. 1944, Ann. 1949 p. 187.

⁸⁸⁷ Cass. req. 16 juillet 1901, Ann. 1902 p. 29.

⁸⁸⁸ Liste tirée de Mathély/Plaisant, fasc. VI coté 5 1958 n° 19 ; voir également Valancogne, t. I *passim*, notamment n°s 425 ss p. 205 ss, n°s 573 ss p. 274 ss ; R. Plaisant, n. sous Cass. com. 21 avr. 1969, Dalloz jurisprudence, 1969 p. 725.

⁸⁸⁹ Cass. req. 4 juillet 1846, Dalloz 1846 I 325.

⁸⁹⁰ Paris 20 nov. 1850, cité par Blanc, p. 462.

— l'application de l'émail à des formes à sucre en tôle, cette application étant déjà employée pour préserver les métaux de l'oxydation ⁸⁹¹;

— l'application du procédé d'emboutissage à la fabrication des boîtes en métal ⁸⁹²;

— l'emploi d'un fermoir utilisé pour les jarrettières à l'attache de gants ⁸⁹³;

— l'emploi de substances phosphorescentes, déjà employées pour rendre des objets visibles dans l'obscurité, pour faire des cadrans lumineux de montres ou d'horloges ⁸⁹⁴;

— l'emploi de pneumatiques pour les roues de vélocipèdes, moyen déjà utilisé sur d'autres véhicules légers ⁸⁹⁵;

— l'utilisation de plaques de verre trempé dans la fabrication des pare-brise et vitrages d'automobiles, le verre trempé et ses propriétés étant connus depuis longtemps ⁸⁹⁶;

— l'emploi, pour les trains d'atterrissage d'avions, d'un dispositif de compas déjà utilisé dans les amortisseurs de portes et de fourches de cycles ⁸⁹⁷;

— l'emploi du fer au lieu du bois dans la fabrication des échelas ⁸⁹⁸;

— l'application au domaine cosmétique d'une substance médicale présentant accessoirement la propriété de brunir la peau, tenue jusqu'alors pour un inconvénient ⁸⁹⁹.

Constitue en revanche une application brevetable, par exemple ⁹⁰⁰ :

— l'adaptation au biberon d'un tube de caoutchouc flexible suivant les mouvements de l'enfant ⁹⁰¹;

— l'application de la force centrifuge au clarissage des sucres ⁹⁰²;

— l'emploi de la glycérine comme agent réducteur dans un procédé de dorure ⁹⁰³;

— l'application de la bobine d'induction, déjà employée pour transmettre les sons musicaux, à la transmission téléphonique de la parole à longue distance ⁹⁰⁴;

— l'application du levier à rotule ou à cardan dans les organes de stabilité des aéroplanes, cette application permettant par un mouvement simple et unique de commander l'équilibre ⁹⁰⁵;

— l'application à l'industrie automobile de procédés de construction en usage pour les canots, qui permet l'allègement de la carrosserie, une simplification des réparations et une plus grande facilité pour l'obtention des lignes fuyantes recherchées ⁹⁰⁶.

En général, la simple substitution d'une matière à une autre n'est pas brevetable, à moins d'un résultat particulier ⁹⁰⁷.

⁸⁹¹ Paris 20 mars 1855, Ann. 1858 p. 136.

⁸⁹² Paris 16 nov. 1864, Ann. 1866 p. 344.

⁸⁹³ Grenoble 3 août 1872, Ann. 1873 p. 297.

⁸⁹⁴ Paris 29 nov. 1882, Ann. 1883 p. 339.

⁸⁹⁵ Paris 1^{er} mai 1900, Ann. 1900 p. 257.

⁸⁹⁶ Paris 5 janv. 1948, Ann. 1950 p. 150.

⁸⁹⁷ Paris 3 juin 1952, Ann. 1952 p. 238.

⁸⁹⁸ Rouen 22 mars 1878, Ann. 1882 p. 24.

⁸⁹⁹ Cass. com. 28 fév. 1968, cité par Mathély/Plaisant, fasc. VI fiche jaune cotée 11 1968 n° 19 ; Ann. 1968 p. 26, n. Gautier ; Dalloz 1969 1 p. 76 n. R. Plaisant.

⁹⁰⁰ Voir Mathély/Plaisant, fasc. VI coté 5 1958 n° 8.

⁹⁰¹ Cass. 10 nov. 1855, Ann. 1856 p. 38.

⁹⁰² Paris 4 janv. 1858, Ann. 1858 p. 76.

⁹⁰³ Paris 23 nov. 1885, Ann. 1887 p. 327.

⁹⁰⁴ Cass. req. 8 mai 1894, Dalloz 1895 1 p. 9.

⁹⁰⁵ Paris 17 mai 1923, Ann. 1927 p. 16.

⁹⁰⁶ Paris 11 mars 1926, Ann. 1926 p. 380.

⁹⁰⁷ Cf. Mathély/Plaisant, fasc. VI coté 5 1958 n° 23 ss et jurisprudence citée.

La simple découverte d'un avantage inhérent à un produit ou à un procédé, dans son utilisation connue, n'est pas brevetable⁹⁰⁸; par exemple, ne constitue pas une application digne de protection :

— l'emploi de l'air liquide comme lubrifiant dans la machine qui le produit, cette lubrification se produisant d'elle-même durant la marche de l'appareil⁹⁰⁹;

— l'emploi de sels métalliques pour séparer les matières solides des liquides dans les fosses d'aisance, afin de permettre la décantation, alors que cet effet est la conséquence nécessaire de l'utilisation connue de ces sels comme désinfectants des fosses d'aisance⁹¹⁰.

On voit que les principes appliqués en France (non-brevetabilité des changements de matière, de forme, de dimensions, d'emploi, des découvertes) ne diffèrent de ceux appliqués par les tribunaux suisses que dans l'absence de l'utilisation du critère du technicien moyen.

e) *Le niveau inventif et la combinaison nouvelle de moyens connus: la juxtaposition*

aa) *Généralités*: Toute invention est en définitive une invention de combinaison⁹¹¹. La jurisprudence n'applique toutefois ce terme qu'aux cas particulièrement caractéristiques. L'espèce de combinaison non brevetable la plus manifestement dépourvue d'activité inventive est celle de la juxtaposition⁹¹².

Aussi bien en droit français qu'en droit suisse, l'examen du niveau inventif (ou de la nouveauté) porte sur l'ensemble et non sur chaque élément isolé⁹¹³.

bb) *Droit suisse*: Après avoir attaché une certaine importance à la définition de la combinaison brevetable, par opposition à la juxtaposition, le Tribunal fédéral a préféré y renoncer pour examiner l'invention à la lumière des seuls principes généraux⁹¹⁴. En effet, la juxtaposition n'est en définitive qu'un cas particulier, souvent assez évident, de combinaison dépourvue de pensée créatrice⁹¹⁵: il est facile à n'importe quel homme de métier de rassembler deux éléments sans but déterminé, à seule fin de les réunir.

L'impossibilité de protéger la juxtaposition a souvent été tirée également de l'absence d'effet technique⁹¹⁶. Il convient toutefois de relever que cette raison n'est jamais considérée isolément, indépendamment du niveau inventif. En outre, on peut admettre que toute juxtaposition produit au moins un effet de rapprochement entre les éléments qu'elle rassemble.

Depuis que le Tribunal fédéral a renoncé à considérer la combinaison comme un cas particulier⁹¹⁷, la notion de juxtaposition a disparu dans sa jurisprudence; les exemples sont donc peu nombreux, et anciens. On peut citer :

— l'utilisation simultanée de rivets et de coutures dans la construction de souliers, qui constitue une simple addition quantitative d'effets connus⁹¹⁸;

— une montre destinée à être fixée dans un véhicule, formée d'un étui fixé au véhicule, et d'un mouvement de montre enfermé dans une boîte ajustée de façon

⁹⁰⁸ Cf. Valancogne, t. I n° 315 ss p. 156 ss et n° 343 ss p. 166 ss.

⁹⁰⁹ Trib. civ. Seine 17 mai 1912, Ann. 1913 2 p. 17.

⁹¹⁰ Cass. crim. 20 déc. 1851, Sirey 1851 I p. 595.

⁹¹¹ Cf. *supra*, p. 43, 47 ss et 50 ; Isay, RSJ 1933-34 p. 293.

⁹¹² Cf. *supra* p. 50 ss.

⁹¹³ Cf. *supra*, n. 320 et 306 ; Mathély/Plaisant, fasc. IX coté 5 1958 n° 58.

⁹¹⁴ Cf. *supra*, p. 50 ss ; ATF 69 II 421 (JT 1944 I 323).

⁹¹⁵ Cf. de Mestral, p. 237 ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 212 ; Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 32

t. I p. 146 ; Wüst, p. 28.

⁹¹⁶ ATF 33 II 636, 49 II 136 (JT 1923 I 388), 43 II 112, 57 II 222 (JT 1931 I 427).

⁹¹⁷ ATF 69 II 421 (JT 1944 I 323).

⁹¹⁸ ATF 33 II 636.

amovible dans l'étui et portant les organes de remontage et de mise à l'heure au fond de la boîte dans le but de les protéger ou de les dissimuler dans l'étui, cette juxtaposition d'éléments connus ne reposant pas sur une idée créatrice ⁹¹⁹;

— un rivet de semelle à tige ronde en acier bleui, l'addition de clous connus et de la technique connue du bleuissage n'apportant pas un effet différent de la somme des effets partiels de ces moyens ⁹²⁰, et cette possibilité sautant aux yeux de tout artisan qui connaît son métier ⁹²¹.

Les arrêts traitant d'inventions de combinaison abondent ⁹²². Après l'abandon de la juxtaposition par le Tribunal fédéral, on peut citer par exemple parmi les combinaisons déclarées non brevetables faute de niveau inventif :

— l'idée de combiner un appareil distributeur de timbres-rabais et une caisse enregistreuse ⁹²³;

— la combinaison, dans une montre, d'un tambour de barillet à paroi lisse et d'un ressort enroulé en spirale dans le tambour et entraînant celui-ci par frottement, grâce à la pression exercée sur la paroi par une lame flexible enserrée entre les deux spires extérieures, ce dispositif constituant une amélioration évidente d'un système analogue où le ressort entraînait le barillet en s'insérant dans des encoches pratiquées dans la paroi, et non par frottement ⁹²⁴.

Ont en revanche été considérées comme brevetables, par exemple :

— un dispositif d'étanchéité pour montre-bracelet dans lequel la couronne de remontage est assemblée à la tige de remontoir de façon à pouvoir effectuer un mouvement axial par rapport à cette tige et se visser sur la boîte de montre ⁹²⁵;

— un bain galvanoplastique, pour dépôt d'or, très riche en cyanure, alcalin, et sans cuivre, permettant d'obtenir un plaqué jaune, alors que, au moment de l'invention, la tendance était aux bains à faible teneur en cyanure, neutres et sans cuivre ⁹²⁶;

— une montre-bracelet-réveil comprenant un fond mince constituant une membrane acoustique vibrante et une plaque percée d'ouvertures, ou un treillis servant à la protection de la membrane ⁹²⁷.

cc) *Droit français*: On a vu ⁹²⁸ qu'une relative incertitude régnait en France concernant la définition de la combinaison et de la juxtaposition. En définitive, la doctrine et la jurisprudence dominantes semblent admettre que la combinaison consiste dans la collaboration d'éléments divers en vue d'un but unique, cette collaboration faisant défaut dans la juxtaposition ⁹²⁹. La théorie de la somme (effet de l'ensemble supérieur à celui de l'addition des éléments constitutifs) et celle de l'interaction des éléments est actuellement écartée le plus souvent en droit français ⁹³⁰. Les arrêts appliquant l'une ou l'autre de ces théories sont cependant assez nombreux ⁹³¹. En outre, la théorie de la somme avait été consacrée par l'art. 3 al. 2 du Décret du 30 mai 1960 ⁹³² (portant application de l'art. L. 603 du Code de la

⁹¹⁹ ATF 43 II 111.

⁹²⁰ Théorie de la somme, cf. *supra*, p. 51 ss.

⁹²¹ ATF 49 II 140 (JT 1923 I 389).

⁹²² Cf. arrêts cités sous n. 305 et 306.

⁹²³ ATF 82 II 292 (JT 1956 I 342).

⁹²⁴ ATF 85 II 142.

⁹²⁵ ATF 63 II 277.

⁹²⁶ ATF 92 II 290.

⁹²⁷ ATF 94 II 319 ss.

⁹²⁸ Cf. *supra*, p. 51 ss.

⁹²⁹ *Ibid.*

⁹³⁰ *Ibid.* ; Mathély, Ann. 1957 p. 19.

⁹³¹ Cf. Mathély, *ibid.*

⁹³² JO 31 mai 1960.

Santé publique instituant des brevets spéciaux de médicaments) aux termes duquel « n'est pas considérée comme médicament nouveau toute composition dont les propriétés ne sont pas différentes de l'addition des propriétés connues de ses constituants ». Abrogée par l'art. 72 de la loi du 2 janvier 1968, cette disposition ne s'applique plus qu'aux brevets de médicaments demandés avant l'entrée en vigueur du nouveau régime (art. 71 al. 2).

On peut objecter à cette théorie qu'il est possible de faire breveter un procédé constitué d'une suite d'opérations connues, c'est-à-dire d'une addition d'actions⁹³³. Elle est néanmoins encore utilisée aujourd'hui par certains tribunaux⁹³⁴.

Les exemples suivants de juxtapositions non brevetables ont notamment été cités par la doctrine⁹³⁵ :

— l'emploi simultané de trois machines connues destinées à agir isolément les unes des autres⁹³⁶ ;

— un variateur de vitesse déjà décrit dans un brevet antérieur auquel est adjoint un train baladeur oscillant, simple organe de transmission sans influence sur les éléments essentiels de l'appareil⁹³⁷ ;

— un appareil protecteur destiné à supprimer l'emploi des couches pour bébé caractérisé par une poche imperméable contenant des matières absorbantes, la garniture de cette poche par des bracelets assurant la solidité des bords et un contact plus étanche avec le corps du bébé, et un système d'attaches formées de brides en caoutchouc passant à la pliure des hanches, ces éléments étant juxtaposés sans coopérer⁹³⁸.

L'exigence de la collaboration de tous les éléments à un but unique s'exprime souvent en disant que chacun doit être indispensable au point que la suppression de l'un d'entre eux rendrait l'ensemble inapte à atteindre le résultat cherché⁹³⁹.

Parmi les nombreuses combinaisons déclarées brevetables par les tribunaux⁹⁴⁰, citons :

— la combinaison des procédés connus de dessiccation et de compression pour conserver les légumes à l'état frais et en tablettes de petites dimensions⁹⁴¹ ;

— la combinaison d'éléments connus constituant le stéréoscope⁹⁴² ;

— la combinaison, dans un système de bascule automatique, des organes de pesée, d'expression de la pesée et de perception du prix⁹⁴³ ;

— un bigoudi composé d'une tige de laiton, enrobée de caoutchouc ou de cuivre, et d'une patte amovible portant à chacune de ses extrémités un œil par lequel elle est engagée sur la tige⁹⁴⁴ ;

— un appareil nommé « pédalo »⁹⁴⁵ ;

⁹³³ Cf. par exemple Cass. req. 6 mars 1854, Dalloz 1855 1 347 : suite de dessiccation et de compression des légumes.

⁹³⁴ Trib. civ. Seine 25 oct. 1967, Gaz. Pal. 1968 1 p. 141.

⁹³⁵ Cf. Mathély/Plaisant, fasc. VII coté 5 1958 n^{os} 14 et 16 ; Valancogne, t. I *passim* notamment n^{os} 431 ss p. 208 ss.

⁹³⁶ Cass. req. 2 janv. 1864, Ann. 1864 p. 249.

⁹³⁷ Paris 4 avr. 1949, Ann. 1949 p. 215.

⁹³⁸ Cass. civ. 12 avr. 1956, Ann. 1957 p. 14.

⁹³⁹ Paris 21 mai 1956, Ann. 1956 p. 3 ; Paris 19 mai 1956, Ann. 1956 p. 303 ; Weinstein, p. 17 ; Cass. com. 1^{er} juin 1955, Bull. civ. de la Cour de Cassation III n^o 348 p. 317.

⁹⁴⁰ Cf. Mathély/Plaisant, fasc. VII coté 5 1958 n^o 15 ; Valancogne, t. I n^{os} 479 ss p. 230 ss, n^{os} 431 ss, p. 208 ss.

⁹⁴¹ Cass. req. 6 mars 1854, Dalloz 1855 1 p. 347.

⁹⁴² Cass. req. 15 fév. 1859, Ann. 1859 p. 321.

⁹⁴³ Cass. 4 mars 1892, Ann. 1892 p. 358.

⁹⁴⁴ Paris 18 nov. 1941, Ann. 1940-48 p. 40.

⁹⁴⁵ Aix 8 nov. 1947, Ann. 1952 p. 198.

— un stylobille composé d'une bille traçante, d'une encre oléagineuse visqueuse et d'un réservoir capillaire de section étroite ⁹⁴⁶.

La jurisprudence française a connu les mêmes hésitations que le Tribunal fédéral concernant la définition de la combinaison et de la juxtaposition ⁹⁴⁷. Si la catégorie de la combinaison a été abandonnée par le Tribunal fédéral comme type spécial d'invention, il est cependant certain que la juxtaposition demeure en principe exclue de la protection ⁹⁴⁸. En théorie, la position du droit français n'est donc pas différente de celle du droit suisse sur ce point.

6. *Le niveau inventif et les équivalents*: La théorie des équivalents a été développée surtout en Allemagne, mais peu en France et en Suisse. La jurisprudence en fait application dans la contrefaçon, mais il est rare qu'elle utilise le terme d'« équivalence » ⁹⁴⁹.

« On parle d'équivalence quand on considère selon leur fonction les moyens utilisés à la solution d'un problème. » ⁹⁵⁰ Supposons une combinaison, brevetée ou non, composée des éléments A, B, C et D. Chaque élément remplit une fonction a, b, c et d, utile au résultat d'ensemble. Si quelqu'un s'avise de remplacer l'élément B par un élément de même fonction B', il en résultera une combinaison A, B', C D. En ce qui concerne les éléments matériels, la combinaison est donc nouvelle. Est-elle brevetable ? Non, car les éléments sont considérés selon leur fonction : l'invention porte sur la combinaison a, b, c, d. Or, ABCD et AB'CD sont toutes deux identiques, quant aux fonctions, à abcd. Du point de vue du résultat, B' = B, puisque B' et B remplissent la même fonction b. Même si l'élément de remplacement est nouveau, et inventif, la combinaison ne sera pas brevetable en elle-même, puisqu'elle est déjà connue.

Cependant, le moyen de remplacement pourra peut-être être protégé, s'il est nouveau ou original par rapport à la fonction isolée qu'il remplit. Il peut être lui-même une combinaison ⁹⁵¹.

Considérée sous cet angle, la théorie des équivalents concerne surtout la nouveauté. Cependant, nous n'avons examiné que les « équivalents juridiques » (Patentrechtliche Äquivalente). La doctrine allemande a créé d'autres catégories d'équivalents, qui concernent le degré inventif. Il s'agit, particulièrement, des équivalents « techniques ». Les équivalents techniques sont tous les moyens connus généralement comme propres à remplir une même fonction. Le remplacement d'un moyen par son équivalent technique ne constitue donc pas une invention. Ainsi, en chimie, le remplacement dans un procédé d'une substance par une substance analogue constitue un cas d'équivalence technique.

Il y a des sous-espèces d'équivalents, mêlant les équivalents techniques et juridiques : équivalents juridiques simples (glatte patentrechtliche Äquivalente) ou évidents (naheliegende) ou nécessaires (notwendige), etc. ⁹⁵². Chaque commentateur a sa propre classification. L'utilité de ces diverses catégories n'est cependant pas manifeste concernant l'examen de l'originalité de l'invention. En effet, la théorie des équivalents ne se justifie que si elle permet de fixer le niveau inventif avec plus de précision : or, il ne sert à rien de savoir que tels moyens sont ou non des équivalents techniques (ou autres), puisqu'il est de toute manière nécessaire

⁹⁴⁶ Lyon 30 déc. 1952, Ann. 1953 p. 160 ; comparer avec ATF 82 II 252, c *supra* f., p. 110.

⁹⁴⁷ Cf. *supra*, p. 51.

⁹⁴⁸ Cf. Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} n° 33 t. I p. 146.

⁹⁴⁹ Cf. n. 206.

⁹⁵⁰ ATF 58 II 279.

⁹⁵¹ Voir Bumbacher, p. 47 ss ; n. 207.

⁹⁵² Cf. Bumbacher, p. 80.

de vérifier ensuite si le remplacement d'un moyen par son équivalent technique était ou non à la portée de l'homme du métier ⁹⁵³. En fait, il s'agit, ici encore, de « notions auxiliaires » (Hilfsbegriffe) qui ne facilitent nullement l'examen de la brevetabilité et qui, bien au contraire, contribuent à le rendre confus. Il nous paraît donc heureux que ni le Tribunal fédéral ni les tribunaux français n'aient fait usage de cette théorie, telle qu'elle a été développée en Allemagne.

7. *Le niveau inventif et la nouveauté*: Le niveau inventif est un certain degré d'originalité exigé de l'invention brevetable. Il correspond donc à une certaine quantité d'inattendu, c'est-à-dire de nouveau au sens large ⁹⁵⁴. Il s'agit ici de la nouveauté au sens de : « ce qui n'est pas évident », et non de la nouveauté formelle définie par la loi. C'est uniquement dans ce dernier sens qu'est utilisé ce terme en droit suisse.

8. *Le niveau inventif et la Convention de Strasbourg du 27 novembre 1963 sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention*: L'art. 1^{er} de la Convention de Strasbourg mentionne expressément l'exigence d'un certain niveau inventif : « Dans tous les Etats contractants, des brevets seront accordés pour toute invention qui est susceptible d'application industrielle, est nouvelle et implique une activité inventive. Une invention qui ne répond pas à ces conditions ne peut faire l'objet d'un brevet valable. » L'art. 5 précise : « Une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si elle ne découle pas de manière évidente de l'état de la technique. »

Cette dernière disposition a été introduite telle quelle dans la nouvelle loi française (art. 9).

Le droit suisse devra-t-il également s'adapter ? Selon Perot-Morel ⁹⁵⁵, le critère de l'activité inventive s'éloigne de l'exigence d'un progrès technique. L'activité inventive ayant été définie, alors que le progrès technique n'a même pas été mentionné dans le texte de la Convention, cette interprétation paraît exacte ⁹⁵⁶. Sur ce point, la jurisprudence suisse devrait donc être modifiée.

Perot-Morel précise en outre que le critère de l'évidence diffère également de celui du niveau inventif, tel qu'appliqué en Allemagne, qui implique une investigation psychologique. Comme Blum/Pedrazzini ⁹⁵⁷, l'auteur avance contre l'exigence de l'activité créatrice l'argument de l'invention faite par hasard.

Cette position nous paraît difficilement défendable. Nous avons vu ⁹⁵⁸ que l'invention due au hasard n'exclut pas la création. D'autre part, il n'a jamais été question, pas plus en droit allemand qu'en droit suisse, d'examiner l'invention d'un point de vue psychologique ⁹⁵⁹. Le législateur et la doctrine français font du reste appel au savoir du technicien moyen, comme les droits germaniques ⁹⁶⁰.

Quant à l'examen de l'originalité de l'invention, les critères fixés par le droit suisse nous paraissent donc conformes à ceux de la Convention de Strasbourg.

⁹⁵³ Cf. Troller, t. I (éd. 1968) p. 210 ; Schenkel, p. 30 ; *contra* : de Mestral, p. 203.

⁹⁵⁴ Cf. *supra*, p. 95.

⁹⁵⁵ JCP Doctrine 1965 1905 ; voir également Mathély/Plaisant, fasc. III à XXXVIII cotés 5 1969 n° 47.

⁹⁵⁶ Cf. *supra*, p. 99.

⁹⁵⁷ Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 20 t. I p. 118 ss.

⁹⁵⁸ Cf. *supra*, p. 86 ss.

⁹⁵⁹ Cf. *supra*, p. 83 ss.

⁹⁶⁰ Cf. *supra*, p. 97 ss.

VI LE PROGRÈS TECHNIQUE

1. *L'exigence d'un progrès technique*

a) *Droit suisse*: Quoique cette exigence ne figure pas dans la loi, la jurisprudence fédérale exige que l'invention réalise un progrès technique. Une invention qui ne représenterait pas un progrès technique ne serait pas conforme au but de la loi, qui est de favoriser le développement industriel, et, de ce fait, ne mériterait pas la protection légale ⁹⁶¹.

b) *Droit français*

aa) *Loi du 5 juillet 1844*: Le progrès technique a toujours été considéré en France comme tout à fait extérieur à la question de la brevetabilité. De nombreux arrêts ont établi cette règle : l'importance de l'invention est indifférente ⁹⁶².

Certes, la loi exige un résultat industriel, et certains arrêts ont pris en considération la supériorité du résultat obtenu par l'invention sur les techniques connues ⁹⁶³. D'autre part, selon le fameux arrêt de la Cour de Paris du 31 mai 1957 ⁹⁶⁴, qui avait proscrit le critère de l'activité inventive aussi bien que celui du progrès technique, l'« insuffisance » de résultat industriel permettrait d'exclure l'invention de la protection. Il est néanmoins certain que le critère de l'importance de l'invention a été écarté et que, dans son ensemble, la jurisprudence refuse de l'appliquer.

Il paraît donc hasardeux d'admettre que l'exigence d'un résultat industriel en droit français équivaut à celle du progrès technique. On peut se demander néanmoins si l'acception donnée à cette dernière expression par la jurisprudence récente du Tribunal fédéral ⁹⁶⁵ n'en réduit pas la portée au point que son contenu corresponde à celui de résultat industriel : seule la présence d'un progrès technique est exigée, et non plus un progrès essentiel ⁹⁶⁶.

bb) *Loi du 2 janvier 1968*: Le progrès technique n'est mentionné nulle part dans la loi, alors que l'activité inventive y est définie.

Certains auteurs semblent toutefois inclure l'idée du progrès technique dans celle d'activité inventive. Ainsi, R. Plaisant ⁹⁶⁷ écrit : « L'imprécision de la loi du 5 juillet 1844 tenait à ce qu'elle ne mentionnait pas la nécessité d'un progrès technique. ... La loi du 2 janvier 1968 supprime cette incertitude en établissant un nouveau critère de nouveauté fondé sur l'état de la technique et la non-évidence (art. 8 et 9). » Le même auteur, accompagné de P. Mathély ⁹⁶⁸, estime que, de la fréquence du terme « technique » dans la loi, il « résulte clairement que le brevet

⁹⁶¹ Voir notamment : Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 2 t. I p. 66 ss ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 176 ; ATF 89 II 168.

⁹⁶² Cf. n. 591.

⁹⁶³ Cf. Valancogne, t. I n^{os} 485 ss p. 234 ss et arrêts cités.

⁹⁶⁴ Arrêt dit « du coq électrique », Ann. 1957 p. 379, cf. *supra*, p. 94 ss.

⁹⁶⁵ ATF 85 II 138.

⁹⁶⁶ Voir cependant ATF 94 II 325.

⁹⁶⁷ N. sous Cass. com. 21 avr. 1969, Dalloz jurisprudence 1969 p. 726.

⁹⁶⁸ Mathély/Plaisant, fasc. III à XXXVIII cotés 5 1969 n^o 47.

doit être la récompense d'un progrès technique et d'un progrès technique sensible ». Parfois, Valancogne ⁹⁶⁹ confond également niveau inventif et importance des avantages procurés par l'invention. Enfin, selon Mouzon ⁹⁷⁰, il faudra rechercher s'il y a « progrès inventif », « à peu près comme par le passé ».

Cette position nous paraît difficilement conciliable avec le texte de la loi, et sa genèse. Ce n'est pas par hasard que, seule, l'activité inventive fait l'objet d'une définition. Le rapporteur M. Herzog avait précisé que l'avis documentaire ne devait porter que sur la « nouveauté intrinsèque » de l'invention, c'est-à-dire sur son originalité ⁹⁷¹, et non sur sa « valeur inventive » ⁹⁷²; étant donné que l'avis documentaire doit porter sur l'activité inventive en vertu de l'art. 19 al. 2 de la loi nouvelle, on ne peut voir dans l'expression « valeur inventive » que la désignation du progrès technique. En outre, ni les travaux préparatoires ni les débats n'ont fait allusion à une telle exigence. La Convention de Strasbourg, à laquelle la loi française se conforme, n'a pas non plus posé ce critère ⁹⁷³. Au reste, comme l'observe Roubier ⁹⁷⁴, une nouveauté peut résulter d'une activité inventive importante sans réaliser un progrès; inversement, tout progrès n'implique pas l'originalité ⁹⁷⁵. On ne voit d'ailleurs pas selon quelle échelle serait mesuré le degré minimum de progrès ⁹⁷⁶. Enfin, il convient de tenir compte du but de l'exigence de l'activité inventive : il s'agit d'éviter la création de monopoles sur des innovations qui étaient déjà à la portée de l'industrie ⁹⁷⁷; or, un monopole portant sur une idée originale, mais n'entraînant aucun progrès, ne peut pas constituer une entrave au développement normal de l'industrie. L'exclusivité portant sur une innovation amenant un progrès considérable est sans doute ressentie beaucoup plus durement par les concurrents du breveté, dont les méthodes et le matériel peuvent se trouver brutalement dépassés.

Etant donné que la jurisprudence et la doctrine françaises n'appliquent pas le critère du progrès technique, la suite de ce chapitre concerne avant tout le droit suisse.

2. *Les diverses formes du progrès technique* : Dans son sens étroit, le progrès technique consiste dans l'amélioration ou la création de l'effet technique lui-même : obtention d'un résultat plus important avec les mêmes moyens, effet technique nouveau. Ainsi, l'amélioration du rendement d'un moteur, ou une construction plus solide ⁹⁷⁸ sont des progrès techniques directs ⁹⁷⁹. Ces perfectionnements touchant les seuls effets techniques ne sont pas la seule forme de progrès possible. Le juge suisse tient également compte de progrès plus indirects, immatériels, apportés par l'invention. On peut ainsi considérer les avantages économiques : travail simplifié ⁹⁸⁰, économie de matériaux ⁹⁸¹, etc. ⁹⁸². Même un progrès esthétique satisfait à la condition du progrès technique ⁹⁸³ : dans certaines branches de l'industrie (bijouterie,

⁹⁶⁹ Valancogne, t. I n° 720 p. 330.

⁹⁷⁰ Gaz. Pal. 1968 I Doctrine p. 45.

⁹⁷¹ Cf. *supra*, p. 97.

⁹⁷² JO Débats Ass. Nat. 1967-68 p. 5863.

⁹⁷³ Perot-Morel, JCP 1965 I 1905.

⁹⁷⁴ Roubier, t. II p. 65.

⁹⁷⁵ Valancogne, t. I n° 646 p. 309.

⁹⁷⁶ Pouillet, n° 15.

⁹⁷⁷ Herzog, Exposé des motifs, JO Ass. Nat. 1966-67 doc. annexe n° 244 p. 1593.

⁹⁷⁸ Cf. ATF 43 II 523.

⁹⁷⁹ Cf. Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 14 a t. I p. 96 ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 176-177.

⁹⁸⁰ ATF 69 II 185.

⁹⁸¹ ATF 43 II 523.

⁹⁸² Cf. Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 14 b t. I p. 97 ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 176-177 ; de Mestral, p. 141.

⁹⁸³ ATF 74 II 136.

horlogerie, mode, etc.), l'harmonie des formes est si importante qu'on peut parler d'une « obligation d'obtenir des produits esthétiquement acceptables »⁹⁸⁴.

Le progrès doit cependant résulter nécessairement de l'invention : un avantage commercial, comme la plus grande facilité de vente, qui dépend de facteurs non techniques, ne peut pas entrer en ligne de compte⁹⁸⁵.

Peu importe de savoir à qui profite l'invention, pourvu qu'elle apporte un résultat : il est donc indifférent que l'avantage économique (par exemple abaissement du prix de fabrication) ne touche pas le consommateur⁹⁸⁶.

3. *La mesure du progrès technique* : Par définition, le terme « progrès » (Fortschritt, progresso) signifie « mouvement en avant ». Un dispositif technique constituant un progrès dépasse les autres : il atteint mieux le but visé. Le progrès doit donc se mesurer en fonction de ce but. La détermination de celui-ci peut toutefois se révéler difficile⁹⁸⁷. Roubier⁹⁸⁸ donne l'exemple de l'avion : au début, il était plus coûteux, moins pratique, moins confortable, moins rapide et plus dangereux que le train ou l'automobile : il ne constituait donc pas un progrès. Roubier passe cependant sur un progrès qui nous paraît bien évident : l'avion volait. Le but visé n'était pas seulement le déplacement, mais le déplacement dans l'atmosphère. Une nouveauté peut ainsi présenter de nombreux désavantages par rapport à la technique connue, mais entraîner un progrès important sur un seul point, progrès qui suffit à la rendre digne de protection⁹⁸⁹ (à condition, bien entendu, d'être hors de portée du technicien moyen). Certains auteurs voudraient cependant exclure les nouveautés dont les inconvénients seraient supérieurs aux avantages⁹⁹⁰, ou particulièrement importants⁹⁹¹. D'autres se contentent d'un avantage dans un seul domaine⁹⁹² ; cette position-là semble la plus raisonnable : sur quels critères devrait en effet se fonder la comparaison des avantages et des inconvénients de l'invention, et quelle serait la mesure commune ? Nous ne connaissons d'ailleurs pas d'exemples d'application de ce système, qui demeure théorique. Au contraire, le Tribunal fédéral a même admis la validité d'un brevet portant sur une nouveauté qui, dans l'exécution décrite, ne pouvait être produite qu'avec de grandes difficultés et à un prix prohibitif⁹⁹³ : il s'agit pourtant là d'un inconvénient apparemment décisif.

Il est vrai que, dans un arrêt postérieur⁹⁹⁴, le Tribunal fédéral exige que l'invention puisse être raisonnablement utilisée dans l'industrie ; ainsi, dans le domaine de l'horlogerie, où l'esthétique a une grande importance, il suffirait qu'une solution technique ne soit pas conforme à certains canons pour entraîner la nullité du brevet : « Dans des industries de ce genre, l'obligation d'obtenir des produits esthétiquement acceptables est de nature à faire dénier d'emblée le caractère d'invention à certaines solutions pourtant heureuses du seul point de vue technique. » Les nombreuses divergences d'opinion concernant l'esthétique et la variation des goûts au cours des années font d'un tel critère un instrument absolument arbitraire ; en outre, ce raisonnement est contraire au principe bien établi selon lequel

⁹⁸⁴ ATF 74 II 134.

⁹⁸⁵ Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 14 b t. I p. 98 ; Schenkel, p. 38 ; de Mestral, p. 141.

⁹⁸⁶ Blum/Pedrazzini, *ibid.*

⁹⁸⁷ Voir par exemple ATF 35 II 638.

⁹⁸⁸ Roubier, t. II p. 64-66.

⁹⁸⁹ ATF 29 II 577, 38 II 279 ss ; Tell Perrin, Bull. stén. CN 1952 p. 324.

⁹⁹⁰ Troller, t. I (éd. 1968) p. 176.

⁹⁹¹ De Mestral, p. 147.

⁹⁹² Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 18 a et d t. I p. 104-105.

⁹⁹³ ATF 63 II 280.

⁹⁹⁴ ATF 74 II 133-134.

« peu importe l'avantage commercial plus ou moins considérable que l'invention peut présenter »⁹⁹⁵. C'est à juste titre que cet arrêt est critiqué⁹⁹⁶.

Si le progrès technique, contrairement à l'originalité, est en général mesurable (par exemple en francs, s'il s'agit d'abaissement du prix de revient, en km/h. s'il s'agit d'augmentation de vitesse, en kg s'il s'agit d'allègement, en CV s'il s'agit d'augmentation de puissance, en cm s'il s'agit de miniaturisation, etc.), cette mesure est loin d'être moins subjective, faute d'unité commune⁹⁹⁷. Le juge ne dispose même pas d'un point de référence analogue au technicien moyen. Il est admis, par exemple, que le succès commercial est un indice sérieux de l'existence d'un progrès suffisant⁹⁹⁸; mais il ne s'agit pas là d'une échelle applicable à tous les cas.

La difficulté de fixer le niveau minimum du progrès technique est d'autant plus grande que l'origine de cette exigence manque de netteté : le Tribunal fédéral a commencé par utiliser les termes « progrès technique » comme synonyme d'« effet industriel »⁹⁹⁹, d'« effet technique »¹⁰⁰⁰ ou encore de « résultat technique, utile pour l'industrie »¹⁰⁰¹; la possibilité d'exploitation industrielle constituait donc en elle-même le progrès technique¹⁰⁰²; ce principe a ressurgi passagèrement dans un arrêt récent¹⁰⁰³. Par la suite, le Tribunal fédéral a quelquefois rattaché le progrès technique à l'originalité de l'invention : celui-là existe dès que le niveau de celle-ci est suffisant; le progrès technique apparaît alors comme une conséquence de l'idée créatrice¹⁰⁰⁴ : une nouveauté est brevetable «... pour autant que ce nouveau moyen est issu d'une idée créatrice et représente des difficultés techniques réelles surmontées, ou, en d'autres termes, un progrès technique réel »¹⁰⁰⁵. D'autres décisions, sans exprimer clairement ce lien de causalité, semblent le contenir implicitement¹⁰⁰⁶. La jurisprudence la plus abondante et la plus récente érige toutefois le progrès technique en caractéristique indépendante¹⁰⁰⁷.

En l'absence d'étalon précis, le Tribunal fédéral a dû se contenter d'appréciations vagues; pour atteindre le niveau minimum, le progrès doit être « essentiel »¹⁰⁰⁸, « notable »¹⁰⁰⁹, « important »¹⁰¹⁰, ou encore « clairement reconnaissable »¹⁰¹¹. Ces expressions paraissent interchangeables.

⁹⁹⁵ ATF 56 I 201 (JT 1930 I 598); cf. *infra*, VIII Le caractère industriel; Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 27 t. I p. 136; Dürr, art. 1^{er} p. 6; Troller, t. I (éd. 1968) p. 239; Offermann, p. 58; de Mestral, p. 87 et citations.

⁹⁹⁶ Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 14 t. I p. 98-99.

⁹⁹⁷ Cf. Schenkel, p. 38; Offermann, p. 110; Iklé, RDS 1944 p. 344 a.

⁹⁹⁸ ATF 69 II 188 (JT 1943 I 520), 74 II 140, 82 II 206 (JT 1957 I 555), 89 II 156 (JT 1963 I 613).

⁹⁹⁹ ATF 26 II 229 (JT 1901 I 27).

¹⁰⁰⁰ ATF 25 II 991 (JT 1900 I 569), 35 II 448.

¹⁰⁰¹ ATF 29 II 180.

¹⁰⁰² Cf. ATF 38 II 286.

¹⁰⁰³ ATF 89 II 168.

¹⁰⁰⁴ ATF 27 II 248, 29 II 350, 33 II 636, 35 II 448, 76 I 381 (JT 1951 I 151).

¹⁰⁰⁵ ATF 29 II 722 (JT 1905 I 80).

¹⁰⁰⁶ ATF 43 II 112, 43 II 523, 44 II 203, 49 II 146, 57 II 222 (JT 1931 I 426), 61 II 44 (JT 1935 I 471), 67 II 57 (JT 1941 I 338).

¹⁰⁰⁷ ATF 34 II 56; TF 25 sept. 1908, Steiner... c. Seiler, JT 1909 I 190; ATF 38 II 692, 48 II 294 (JT 1922 I 447), 49 II 136 (JT 1923 I 389), 58 II 57 (JT 1933 I 380), 63 II 271 (JT 1938 I 44); TF 30 juin 1937, Svbeisa AG... c. Schinken AG, JT 1938 I 73; ATF 69 II 180 (JT 1943 I 520), 69 II 188 (JT 1943 I 552), 69 II 421 (JT 1944 I 324), 71 II 296 (JT 1946 I 311), 74 II 133, 81 II 292 (JT 1956 I 342), 82 II 251, 85 II 138, 85 II 513, 92 II 48 (JT 1966 I 614), 93 II 512, 94 II 325.

¹⁰⁰⁸ ATF 34 II 762 (Ann. jur. XVI 1908 n° 96 p. 38), 43 II 523, 44 II 204, 57 II 613 (JT 1932 I 585), 58 II 57 (JT 1933 I 375), 63 II 271 (JT 1938 I 45), 74 II 140.

¹⁰⁰⁹ ATF 43 II 112, 57 II 222 (JT 1931 I 426), 58 II 57 (JT 1933 I 375); TF 30 juin 1937, Svbeisa AG... c. Schinken AG, JT 1938 I 73; ATF 69 II 188 (JT 1943 I 553).

¹⁰¹⁰ ATF 29 II 722 (Ann. jur. XI 1903 n° 68 p. 23), 29 II 577, 33 II 636, 81 II 292 (JT 1956 I 342).

¹⁰¹¹ TF 30 juin 1937, Svbeisa AG... c. Schinken AG, JT 1938 I 73; ATF 74 II 140.

En 1959, le Tribunal fédéral a renoncé à exiger un progrès important ou essentiel : il suffit d'un progrès « nettement établi » ou « clairement démontré », qui suppose un niveau plus bas ¹⁰¹². On peut se demander si ce changement n'a été qu'un écart passager, ou s'il a réellement donné une orientation nouvelle à la jurisprudence fédérale. Plusieurs arrêts postérieurs utilisent en effet les expressions employées habituellement auparavant : progrès « clairement reconnaissable » ¹⁰¹³ et « essentiel » ¹⁰¹⁴. Il convient toutefois d'observer que d'autres décisions reprennent telle quelle la désignation de « progrès nettement établi » ¹⁰¹⁵; mêmes celles qui usent de l'ancienne terminologie se réfèrent à la règle de 1959 ¹⁰¹⁶. D'autre part, l'en-tête de ce jugement mentionnait le changement de jurisprudence qu'il apportait, tandis que les arrêts postérieurs n'annoncent aucun revirement. Il semble donc que les expressions anciennes sont maintenant utilisées dans un sens différent de celui qu'elles avaient avant 1959, et que le Tribunal fédéral n'a pas rehaussé le minimum exigible de progrès technique au niveau qu'il atteignait avant cette date ¹⁰¹⁷.

La renonciation du Tribunal fédéral à l'exigence du progrès essentiel repose sur les considérations suivantes ¹⁰¹⁸ :

« En rendant l'arrêt qui a introduit cette condition supplémentaire (RO 63 II 271) ¹⁰¹⁹, le Tribunal fédéral est parti de l'idée qu'on devait protéger les réalisations qui le méritaient vraiment, mais non les découvertes qui n'avaient exigé qu'une activité intellectuelle minime et constituaient une nouvelle présentation plutôt qu'un effet technique original. Ces considérations gardent toute leur valeur. Cependant, si elles conduisent nécessairement à l'exigence du niveau inventif, elles n'impliquent pas une condition supplémentaire relative à l'importance du progrès technique. Pour réserver la protection légale aux innovations qui procèdent d'une activité réellement originale, il suffit d'exiger strictement une idée créatrice dépassant ce qui était à la portée d'un homme du métier ayant une bonne formation professionnelle.

» A cela s'ajoute un argument de texte. Les art. 22 LBI de 1907 et 36 LBI de 1954 instituent exceptionnellement une licence obligatoire en faveur du titulaire d'un brevet qui a pour objet une invention présentant un progrès technique notable. On doit en déduire, *a contrario*, que l'invention visée par l'art. 1^{er} LBI ne suppose pas nécessairement la réalisation d'un progrès technique notable.

» D'autre part, l'importance d'un progrès technique peut ne pas apparaître immédiatement mais se manifester plus tard, par exemple à la suite d'inventions complémentaires. Or, il serait injuste de refuser la protection légale à l'auteur d'une invention dont la portée réelle n'était pas visible d'emblée et qui a cependant constitué par la suite la base d'un véritable essor technique ¹⁰²⁰.

» Enfin, le critère tiré de l'importance du progrès technique est imprécis. Il est d'autant plus difficile de l'appliquer qu'un avantage peut être compensé par des inconvénients et qu'il faut également prendre en considération des facteurs économiques, commerciaux, voire esthétiques (cf. RO 74 II 133 et suiv.). Ce critère provoque ainsi une grave insécurité juridique.

¹⁰¹² ATF 85 II 142.

¹⁰¹³ ATF 85 II 513, 92 II 48 (JT 1966 I 614), 94 II 325.

¹⁰¹⁴ ATF 94 II 325.

¹⁰¹⁵ ATF 87 II 269, 93 II 514.

¹⁰¹⁶ ATF 85 II 513, 92 II 48 (JT 1966 I 614), 94 II 325.

¹⁰¹⁷ Cf. de Mestral, p. 152.

¹⁰¹⁸ ATF 85 II 141.

¹⁰¹⁹ On a vu que, en fait, l'exigence du progrès essentiel ou important est antérieure à l'arrêt Philips : cf. n. 1008 à 1010.

¹⁰²⁰ Ce raisonnement avait été développé par T. Perrin, rapporteur au Conseil national (cf. Bull. stén. CN 1952 p. 324).

» On doit, dans ces conditions, renoncer à exiger que le progrès technique soit important ou essentiel. On se trouve donc en présence d'une invention dès qu'un progrès technique nettement établi procède d'une idée créatrice qui n'était pas à la portée d'un homme du métier ayant une bonne formation professionnelle.»

Cette conclusion nous paraît surprenante : logiquement, le raisonnement aurait dû amener le Tribunal fédéral à supprimer complètement l'exigence du progrès technique. En effet, s'il n'est pas nécessaire de vérifier l'importance du progrès apporté par une invention pour éviter la création de monopoles sur des systèmes qui, étant à la portée de l'industrie, appartiennent déjà en puissance à la collectivité, il est également inutile d'examiner si le progrès est « nettement établi ». La nouvelle terminologie du Tribunal fédéral ne fait qu'abaisser le niveau de progrès exigible ; pour être « nettement établi », il faut bien que celui-ci atteigne un certain degré ¹⁰²¹. Le problème est seulement déplacé, puisqu'il s'agit toujours d'apprécier si un certain niveau est atteint. Même à un étage inférieur, la critique du Tribunal fédéral conserve sa justesse : pour réserver la protection légale aux inventions qui le méritent, il suffit d'exiger que l'innovation brevetée ne soit pas à la portée du technicien moyen. Un monopole qui porterait sur une innovation originale, mais n'apportant aucune amélioration, ne lèserait personne, d'autant moins que l'intérêt économique en serait très limité ¹⁰²². D'autre part, l'argument vaut également, selon lequel « l'importance d'un progrès technique peut ne pas apparaître immédiatement mais se manifester plus tard, par exemple à la suite d'inventions complémentaires » ; il s'applique même si le degré de progrès exigible est minime. Enfin, l'imprécision de l'appréciation demeure.

On a certes fait valoir que le but de la loi consistait à favoriser le progrès technique ¹⁰²³ : il convient d'écarter de la protection les innovations qui n'apportent aucune amélioration technique ¹⁰²⁴ ; mais c'est faire bon marché des autres buts, tout aussi importants, sinon prépondérants, que visait le législateur suisse : rappelons qu'il s'agissait avant tout de se mettre au niveau des autres pays civilisés afin de pouvoir continuer à conclure des traités de commerce avantageux et d'éviter des représailles de la part des Etats voisins dont les inventeurs voyaient leurs inventions librement exploitées en Suisse par des concurrents ¹⁰²⁵. Dans cette perspective, la création d'un monopole en faveur de l'inventeur, moyen d'assurer un développement commercial harmonieux du pays, prend le pas sur le désir, assez académique, de favoriser le progrès technique. Aussi le Tribunal fédéral rappelle-t-il avec justesse que l'institution des brevets d'invention a pour but « ... de créer un monopole au profit du titulaire du brevet, de lui conférer un droit exclusif à l'exploitation de l'invention et de lui assurer, par conséquent, tous les bénéfices résultant de cette invention » ¹⁰²⁶. Dès lors, il ne serait pas conforme au but de la loi de refuser le droit exclusif d'exploitation au créateur d'une innovation originale pour défaut de progrès technique. Il est d'ailleurs constant que de nombreuses trouvailles qui paraissaient pleines de promesses, au premier abord, se sont révélées décevantes à l'usage et n'ont en fait apporté aucune amélioration ; inversement, comme l'a souligné le Tribunal fédéral ¹⁰²⁷, l'utilité de certaines inventions ne se révèle que tardivement : il est illogique de protéger les premières et non les

¹⁰²¹ Cf. ATF 89 II 156 (JT 1963 I 613), où il est question d'un « progrès technique suffisant » ; de Mestral, p. 155, qui refuse la brevetabilité à l'invention apportant un progrès insignifiant.

¹⁰²² Cf. Walleser, p. 137.

¹⁰²³ Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 2 t. I p. 66 ; de Mestral, p. 16 et auteurs cités ; Walleser, p. 8.

¹⁰²⁴ Troller, t. I (éd. 1968) p. 176.

¹⁰²⁵ Cf. n. 27 et 28.

¹⁰²⁶ ATF 35 II 659 ; *contra* : Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 2 t. I p. 66 ss.

¹⁰²⁷ ATF 85 II 141.

secondes. A supposer même que l'encouragement du progrès technique constitue le but principal de la loi, l'octroi d'un monopole portant sur des nouveautés qui n'amènent aucun progrès ne lui nuira pas : les inventeurs continueront naturellement à rechercher des améliorations, puisque le succès économique dépend du progrès technique ¹⁰²⁸.

La lecture de la jurisprudence fournit le meilleur argument contre le critère du progrès technique. Si la présence de cet élément n'est pas une condition suffisante de la brevetabilité ¹⁰²⁹, elle n'en est pas non plus une condition absolument nécessaire, puisqu'un progrès insignifiant peut être compensé par un niveau inventif particulièrement élevé ¹⁰³⁰. Bien plus, la condition du progrès technique est, en pratique, dépourvue d'efficacité : nous ne connaissons pas d'exemple d'invention écartée de la protection en raison du seul défaut de progrès technique, les autres conditions (et notamment celle de l'originalité) étant remplies : dans tous les cas, sauf un, le brevet était également nul faute d'idée créatrice ¹⁰³¹. L'unique jugement du Tribunal fédéral où le défaut de progrès technique a entraîné à lui seul la nullité du brevet ne contient aucune appréciation sur l'idée créatrice ¹⁰³²; encore peut-on se demander si l'expression progrès technique était à sa place en l'occurrence. Non seulement l'invention revendiquée n'apportait aucune amélioration, mais elle ne fonctionnait simplement pas; or, en pareil cas, c'est le caractère industriel de l'innovation qui est en cause ¹⁰³³.

Applicable en principe, mais inopérant dans la pratique, et presque vidé de sa substance depuis 1959, le critère du progrès technique ne présente donc guère d'intérêt ¹⁰³⁴. En fait, sinon en théorie, toute invention présente d'ailleurs au moins un avantage qui lui permet d'atteindre le niveau fort bas fixé par le Tribunal fédéral ¹⁰³⁵. Les tribunaux et l'administration pourraient sans mal s'épargner la peine d'un tel examen, qui n'est pas toujours aisé.

4. *L'état de la technique*: La question de savoir quelles antériorités sont opposables, au point de vue du progrès technique, à l'innovation brevetée, a été associée par le Tribunal fédéral à l'examen de l'état de la technique relatif au niveau inventif ¹⁰³⁶.

Ici également, « on ne doit tenir compte d'une invention que si elle a réellement exercé une influence sur l'état de la technique » ¹⁰³⁷, et non lorsqu'elle est tombée dans l'oubli.

Il est toutefois probable que le récent changement de jurisprudence du Tribunal fédéral, qui a renoncé à cette notion relative et étroite de l'état de la tech-

¹⁰²⁸ ATF 69 II 188 (JT 1943 I 520), 74 II 140, 82 II 206 (JT 1957 I 555), 89 II 156 (JT 1963 I 613).

¹⁰²⁹ ATF 34 II 56; TF 25 sept. 1908, Steiner... c. Seiler, JT 1909 I 190; ATF 49 II 136 (JT 1923 I 389), 71 II 296 (JT 1946 I 311), 81 II 292 (JT 1956 I 342), 85 II 138 ss.

¹⁰³⁰ ATF 69 II 424 (JT 1944 I 324).

¹⁰³¹ ATF 25 II 991 (JT 1900 I 568), 26 II 229 (JT 1901 I 25 ss), 27 II 248, 33 II 636, 34 II 762, 38 II 692, 43 II 112, 44 II 203 ss, 48 II 292 (JT 1922 I 447), 49 II 147.

¹⁰³² ATF 71 II 296 (JT 1946 I 315).

¹⁰³³ ATF 31 II 157, 50 II 307, 56 I 201 (JT 1930 I 596), 72 I 369 (JT 1947 I 247), 86 I 79, 91 I 152.

¹⁰³⁴ Cf. Walleser, p. 134 ss.

¹⁰³⁵ Cf. notamment le fameux arrêt Taubert (ATF 74 II 133 ss) par lequel a été déclarée brevetable l'utilisation de la forme polygonale, connue dans la construction de nombreux appareils à vis (boulons), dans la construction des fonds de boîtes de montres vissés, et où le progrès esthétique a été pris en considération; or, à cette époque, le progrès devait encore être « important ».

¹⁰³⁶ Cf. *supra*, p. 105.

¹⁰³⁷ ATF 87 II 269, 94 II 326; cf. *supra*, p. 105.

nique pour y englober toutes les inventions divulguées et publiées, indépendamment des connaissances effectives des gens du métier¹⁰³⁸, s'applique non seulement à l'examen de l'idée créatrice, mais aussi à celui du progrès technique. Cette conception nouvelle, logique, est d'ailleurs conforme au principe bien établi selon lequel « pour décider du progrès technique et de la nouveauté, on doit comparer avec le brevet litigieux chacune des solutions connues en particulier »¹⁰³⁹.

5. *Le progrès technique et la nouveauté*: Le progrès technique dépasse la nouveauté¹⁰⁴⁰; une innovation peut s'avérer sans utilité, sans intérêt pratique, et n'aboutir à aucun progrès. Il est cependant très rare que le cas se présente lorsque la création est nouvelle, originale et utilisable dans l'industrie. En pratique, les deux conditions de nouveauté et du caractère industriel suffisent à assurer la présence d'un progrès technique.

S'il faut admettre la définition de Blum/Pedrazzini¹⁰⁴¹ selon lesquels le progrès technique consiste en un enrichissement de la technique, on peut en déduire que toute nouveauté constitue un progrès, puisqu'elle enrichit la technique d'un nouveau moyen. Les deux commentateurs ne vont certes pas si loin; toutefois, étant donné l'inefficacité de fait du réquisit du progrès technique et le très bas niveau fixé par le Tribunal fédéral, surtout depuis 1959, cette conclusion n'est pas entièrement déplacée. Offermann¹⁰⁴² et Walleser¹⁰⁴³ admettent ainsi que, à la limite, le progrès technique se réduit à une nouveauté utile¹⁰⁴⁴.

6. *Le progrès technique et le niveau inventif*: On a vu que de nombreux jugements associent étroitement progrès technique et originalité de l'invention¹⁰⁴⁵. Si la jurisprudence actuelle sépare plus nettement ces deux éléments¹⁰⁴⁶, ceux-ci conservent à certains égards une relative interdépendance.

Ainsi, un progrès technique considérable constitue un indice important en faveur de la présence de l'idée créatrice¹⁰⁴⁷. D'autre part, le progrès technique défaillant peut être compensé par une idée créatrice d'un niveau particulièrement élevé¹⁰⁴⁸.

En revanche, l'importance du progrès technique ne peut pallier l'insuffisance d'originalité de l'invention¹⁰⁴⁹. Ainsi, par exemple, les inventions systématiques qui n'atteignent pas un niveau inventif suffisant ne sont pas brevetables, contrairement à l'avis de Blum/Pedrazzini¹⁰⁵⁰.

Il est certes arrivé au Tribunal fédéral d'admettre apparemment, dans un arrêt isolé, la compensation du défaut d'idée créatrice par un excédent de progrès technique¹⁰⁵¹. Il ne s'agit toutefois là que d'un écart sans conséquence, notre Haute Cour ayant par la suite réaffirmé sa position antérieure¹⁰⁵².

¹⁰³⁸ ATF 95 II 363 ; cf. *supra*, p. 106.

¹⁰³⁹ ATF 92 II 48 (JT 1966 I 614).

¹⁰⁴⁰ Cf. par exemple ATF 89 II 166.

¹⁰⁴¹ Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 14 t. I p. 95.

¹⁰⁴² Offermann, p. 155.

¹⁰⁴³ Walleser, p. 135.

¹⁰⁴⁴ Voir également de Mestral, p. 139.

¹⁰⁴⁵ Cf. n. 1004 à 1006.

¹⁰⁴⁶ Cf. n. 1007.

¹⁰⁴⁷ ATF 93 II 514, 81 II 292 (JT 1956 I 341), 69 II 188 (JT 1943 I 549).

¹⁰⁴⁸ ATF 69 II 421 (JT 1944 I 324).

¹⁰⁴⁹ ATF 34 II 56 ; TF 25 sept. 1908, Steiner... c. Seiler, JT 1909 I 190 ; ATF 71 II 296 (JT 1946 I 311), 81 II 298 (JT 1956 I 342), 85 II 138.

¹⁰⁵⁰ Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 19 t. I p. 115.

¹⁰⁵¹ ATF 89 II 166.

¹⁰⁵² ATF 92 II 48.

Contrairement à Blum/Pedrazzini, qui admettent l'interchangeabilité des deux conditions ¹⁰⁵³, une partie de la doctrine la refuse absolument : le progrès technique aussi bien que le niveau inventif sont indispensables à la brevetabilité ¹⁰⁵⁴. Comme on vient de le voir, telle n'est pas la position du Tribunal fédéral, qu'il convient d'approuver. D'une part, il est constant qu'un progrès technique, si important soit-il, ne compense en aucune façon une originalité insuffisante : s'il est possible à tout technicien moyen de parvenir à la solution sans effort inhabituel, celle-ci appartient à la communauté et nul ne peut l'en dépouiller. Même si la réalisation de l'innovation a exigé une organisation très coûteuse, on ne saurait accorder un monopole exclusif à celui qui, le premier, a fait la dépense nécessaire : ce serait acheter le droit de voler la collectivité. D'autre part, on l'a vu, l'exigence du niveau inventif permet à elle seule d'écarter les inventions qui sont déjà à la portée de l'industrie ; un monopole accordé sur une innovation originale, mais qui n'entraîne aucun progrès, ne lèse personne. La jurisprudence fédérale concernant la « Wechselwirkung » nous paraît donc logique. Il faut espérer qu'elle se maintiendra.

7. *Le progrès technique et la Convention de Strasbourg*: L'art. 1^{er} de la Convention du 27 novembre 1963 stipule que les Etats contractants accorderont la protection aux inventions nouvelles, susceptibles d'application industrielle et impliquant une activité inventive. Il n'est pas question de progrès technique. On peut probablement admettre que, s'il avait été dans les intentions des parties d'exiger de l'invention brevetable qu'elle constitue une amélioration technique d'une certaine importance, cette condition aurait été exprimée dans le texte de la Convention au même titre que les autres réquisits.

La ratification de la Convention rendra donc impossible le refus de la protection à une invention fautive de progrès. Sans doute la jurisprudence suisse n'a-t-elle pratiquement jamais prononcé la nullité d'un brevet pour cette seule raison ; en outre, un niveau inventif particulièrement élevé peut compenser l'absence de progrès. Néanmoins, en théorie, le progrès technique est une condition de la brevetabilité ; la jurisprudence suisse devra donc s'adapter à la règle conventionnelle.

¹⁰⁵³ Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 18 t. I p. 110 et rem. 23 p. 131.

¹⁰⁵⁴ Troller, t. I (éd. 1968) p. 217 ; de Mestral, p. 245.

VII LA NOUVEAUTÉ

1. La condition de nouveauté

a) *Généralités*: La nouveauté est le caractère essentiel de l'invention. La loi française aussi bien que la loi suisse l'exigent cependant expressément, sans doute afin de préciser que l'invention doit être objectivement nouvelle, et non seulement nouvelle pour son inventeur. La nouveauté s'entend donc, en droit des brevets, de ce qui n'appartient pas à l'état de la technique, tel qu'il est défini par la loi.

b) *Droit suisse*: La nouveauté est définie par l'art. 7 de la loi de 1954 : est réputée nouvelle l'invention qui, avant le dépôt de la demande du brevet, n'a pas été divulguée en Suisse, ou exposée dans des publications, par l'écrit ou par l'image, en Suisse ou à l'étranger. Divulgaration et publication doivent être assez claires pour permettre à un homme du métier de réaliser l'invention.

La loi suisse donne donc une définition de la nouveauté : n'est nouveau que ce qui remplit les conditions énoncées; mais aussi, est nouveau tout ce qui remplit ces conditions.

Aux termes de l'art. 7 LBI l'état de la technique est constitué de tout ce qui est considéré comme connu du technicien moyen. Mais faut-il comprendre, dans ce qui est connu, ce qui est à la portée du technicien moyen ? Faut-il considérer comme connu, au sens de l'art. 7, l'état virtuel de la technique ? Matter semble défendre cette solution ¹⁰⁵⁵. Mais ce n'est pas l'avis généralement soutenu par la doctrine ¹⁰⁵⁶ et la jurisprudence ¹⁰⁵⁷. Le Tribunal fédéral ne comprend dans l'état de la technique que ce qui a été objectivement divulgué ou publié. Il s'ensuit que l'examen de nouveauté porte sur la présence de l'identité, et non seulement d'une grande analogie, entre le dispositif examiné et les mécanismes connus ¹⁰⁵⁸.

Cependant, l'identité ne porte que sur les caractéristiques essentielles : les différences secondaires et accessoires ne doivent pas entrer en ligne de compte ¹⁰⁵⁹.

Comme dans l'examen du niveau inventif, il est bien entendu que celui portant sur la nouveauté tient compte de l'ensemble décrit dans le brevet, et non des parties isolées qui le composent : une combinaison n'est pas antériorisée parce qu'un de ses éléments est connu ¹⁰⁶⁰.

Selon l'art. 7 LBI, il s'agit de comparer l'invention aux antériorités. Or, en vertu de l'art. 51 al. 2 LBI, «la revendication est concluante quant à l'étendue de la

¹⁰⁵⁵ RDS 1944 p. 29 a.

¹⁰⁵⁶ Blum/Pedrazzini, art. 7 rem. 6 t. I p. 339-340.

¹⁰⁵⁷ Cf. *supra*, p. 107 et n. 756 à 759 ; ATF 71 II 296 (JT 1946 I 310), 95 II 363.

¹⁰⁵⁸ ATF 58 II 57 (JT 1933 I 377), 94 II 323 ; Blum/Pedrazzini, art. 7 rem. 7 t. I p. 344 ss ; Troller t. I (éd. 1968) p. 224 ; Jenny, p. 69 ; Koch, p. 52 ; Dürr, art. 7 p. 37 ; de Mestral, p. 75 et auteurs cités.

¹⁰⁵⁹ ATF 41 II 518, 43 II 522, 37 II 292 ; PMMBI 1968 p. 16, RSPI 1968 p. 174 ; SJ 1962 p. 204 ; Blum/Pedrazzini, art. 7 rem. 7 t. I p. 345 ; Koch, p. 55 ; Dürr, art. 7 p. 41 ; Gass, p. 73 ; de Mestral, p. 75.

¹⁰⁶⁰ ATF 58 II 59, 58 II 275 (JT 1933 I 542), 69 II 184 (JT 1943 I 518), 74 II 133.

protection ». L'invention est définie dans la revendication¹⁰⁶¹. Le contenu de la revendication est donc déterminant dans l'appréciation de la nouveauté du brevet¹⁰⁶².

Blum/Pedrazzini¹⁰⁶³ s'élèvent contre cette interprétation, alléguant que l'invention ne doit pas nécessairement correspondre avec la revendication : ainsi, on ne saurait considérer comme antériorité d'un procédé d'analogie l'emploi du procédé, connu en lui-même, alors que l'invention réside dans l'utilisation de la substance obtenue¹⁰⁶⁴. C'est donc l'objet de l'invention qui devrait être considéré, non la revendication. Une même invention peut en effet être couverte par plusieurs revendications (art. 52 LBI).

Cet argument est pourtant contraire au vœu du législateur et à l'avis du Tribunal fédéral¹⁰⁶⁵. La revendication entre donc seule en ligne de compte dans l'examen de la nouveauté. La description sert seulement à l'interprétation de la revendication (art. 50 al. 2 LBI). Cette solution est la seule logique. La divulgation d'un procédé connu antérieurement l'« invention » de ce même procédé. Elle ne saurait par conséquent détruire la nouveauté de l'utilisation du produit obtenu, ni l'utilisation du procédé à des fins nouvelles¹⁰⁶⁶. Mais il faut alors que la revendication porte sur l'utilisation du produit ou du procédé, et non sur le procédé, auquel cas la nouveauté serait détruite.

Le produit, le procédé, l'utilisation du produit ou du procédé (cf. art. 52 LBI) sont des catégories différentes ; si son invention consiste dans l'utilisation d'un produit, ou d'un procédé, l'inventeur doit la revendiquer en tant que telle : « Will der Patentbewerber nicht eine Vorrichtung als solche, sondern eine bestimmte Verwendung als Erfindung patentieren lassen, so muss er das folglich im Patentanspruch zum Ausdruck bringen. »¹⁰⁶⁷

La revendication coïncidant avec l'invention, c'est à juste titre qu'elle est déterminante dans l'examen de la nouveauté.

Pour qu'il y ait antériorité, la publication ou la divulgation doit permettre la réalisation du dispositif par l'homme du métier. Celui-ci ne doit pas avoir à faire œuvre d'inventeur dans cette réalisation¹⁰⁶⁸.

c) *Droit français*

aa) *Loi du 5 juillet 1844* : La nouveauté est définie par l'art. 31 qui correspond à l'art. 7 de la loi suisse : n'est pas réputée nouvelle l'invention qui, en France ou à l'étranger, a reçu avant le dépôt de la demande une publicité suffisante pour pouvoir être exécutée, ou qui est décrite dans un brevet français, même non publié, bénéficiant d'une date antérieure.

La loi française se distingue ici de la loi suisse : la publicité comprend ce qu'en Suisse on divise en « divulgation » et « publication » : la divulgation à l'étranger est destructrice de nouveauté en droit français, ce qui n'est pas le cas en droit suisse. On peut donc considérer que le droit suisse admet théoriquement¹⁰⁶⁹ le

¹⁰⁶¹ Message du CF du 25 avr. 1950, FF 1950 I p. 999.

¹⁰⁶² ATF 71 II 296 (JT 1946 I 309) ; Pointet, p. 38.

¹⁰⁶³ Blum/Pedrazzini, art. 7 rem. 24 t. I p. 366.

¹⁰⁶⁴ Même opinion : Cueni, RSPI 1946 p. 224 et PI 1958 p. 50 ss ; de Montmollin, RSPI 1951 p. 113 ; Gansser, RSPI 1951 p. 121.

¹⁰⁶⁵ ATF 48 II 294 (JT 1922 I 446), 49 II 515, 50 II 71 (JT 1924 I 189), 57 II 234, 58 II 282, 69 II 196 (JT 1943 I 551), 70 II 239 (JT 1945 I 139), 71 II 302 (JT 1946 I 309), 85 II 136, 86 II 103 (JT 1960 I 606).

¹⁰⁶⁶ Cf. ATF 56 II 141 (JT 1930 I 421), 89 II 167, 93 II 510.

¹⁰⁶⁷ ATF 92 II 48.

¹⁰⁶⁸ ATF 68 II 393 (JT 1943 I 314), 60 II 467 (JT 1935 I 276), 85 II 137 ; Blum/Pedrazzini, art. 7 rem. 24 t. I p. 370 ; Dürr, art. 7 p. 37 ; Koch, p. 52 ; Jenny, p. 69 ; de Mestral, p. 70.

¹⁰⁶⁹ En pratique, le plus souvent, l'inventeur pourra se prévaloir de l'art. 29 pour exiger la cession de la demande de brevet.

brevet d'importation : celui qui amène le premier en Suisse une invention nouvelle déjà divulguée ailleurs peut prendre un brevet, à condition qu'elle n'ait pas été publiée. La solution française, qui exclut une telle possibilité, est nettement préférable, étant donné les facilités de communication toujours plus grandes entre Etats différents.

Comme en droit suisse, l'antériorité est définie exhaustivement. Elle doit également être identique à l'objet du brevet auquel on l'oppose¹⁰⁷⁰. Mais des différences de détails n'excluent pas l'identité, si elles sont sans influence sur la fonction¹⁰⁷¹ : « Sont insuffisantes, pour écarter une antériorité, des modifications de détails qui produisent un même résultat, dans un but identique et pour un fonctionnement similaire. »¹⁰⁷² De même qu'en droit suisse, l'antériorité doit être de toutes pièces ; elle doit présenter tous les éléments constitutifs de l'invention, agencés de la même façon, fonctionnant de la même manière en vue du même résultat¹⁰⁷³.

Selon l'art. 31 de la loi du 5 juillet 1844, l'antériorité doit être « suffisante pour pouvoir être exécutée ». La loi ne mentionne pas expressément l'homme du métier ; mais une jurisprudence constante et abondante fixe cette possibilité d'exécution en fonction de l'homme de l'art ; il est inutile que le profane soit à même de réaliser la combinaison décrite dans l'antériorité¹⁰⁷⁴.

L'antériorité doit être parfaite : elle doit présenter un produit ou un moyen identique et de même fonction que le produit ou moyen décrit dans le brevet. Ainsi, l'application nouvelle de moyen connu ne peut être antériorisée par le fait que le moyen est connu¹⁰⁷⁵.

Cependant, la loi française de 1844 est plus souple que la nouvelle loi en ce qui concerne les pièces déterminantes sur lesquelles doit porter l'examen de la nouveauté. Le brevet est constitué du titre, de la description, du résumé et des dessins. Il forme un tout. La loi française de 1844 n'exige pas de l'inventeur une revendication définissant exactement et limitativement la portée du brevet. Il a été jugé constamment que le brevet ne devait pas être séparé des dessins qui l'accompagnaient¹⁰⁷⁶. Toutefois, comme ceux-ci ne peuvent pallier une insuffisance de description¹⁰⁷⁷, il faut admettre que c'est la description qui est déterminante, interprétée à la lumière des dessins.

Enfin, contrairement au droit suisse, pour lequel la manière dont l'invention a été divulguée ou publiée est indifférente, le droit français fait une exception dans les cas où la nouveauté a été détruite contre le gré de l'inventeur. Si la divulgation a une origine frauduleuse, la jurisprudence considère qu'elle n'est pas opposable au breveté et que le brevet conserve sa validité¹⁰⁷⁸. La divulgation de nature à entraîner la nullité du brevet doit en effet révéler la volonté de l'inventeur de la laisser tomber dans le domaine public¹⁰⁷⁹. La volonté de l'auteur est sans importance en droit suisse¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷⁰ Mathély/Plaisant, fasc. IX coté 5 1958 n° 50.

¹⁰⁷¹ Mathély/Plaisant, fasc. IX coté 5 1958 n° 53 ss et arrêts cités.

¹⁰⁷² Paris 4 mars 1933 et Cass. req. 3 mars 1936, Ann. 1937 p. 175, cité par Mathély/Plaisant,

ibid.

¹⁰⁷³ Mathély/Plaisant, *ibid.* et n° 56 ss.

¹⁰⁷⁴ Mathély/Plaisant, fasc. IX coté 5 1958 n° 48 ss et arrêts cités, et n° 56 ss.

¹⁰⁷⁵ Mathély/Plaisant, *eod. loc.* n° 51 ss.

¹⁰⁷⁶ Mathély/Plaisant, fasc. XVII coté 11 1957 n° 14 ; Roubier, t. I p. 335.

¹⁰⁷⁷ Casalonga, t. II n° 359-361 ; Mathély/Plaisant, fasc. XVII coté 11 1957 n° 14.

¹⁰⁷⁸ Mathély/Plaisant, fasc. IX coté 5 1958 n° 27 et arrêts cités.

¹⁰⁷⁹ Paris 10 déc. 1935, Ann. 1936 p. 119 ; cf. Mathély/Plaisant, fasc. IX coté 5 1958 n° 14

et 18.

¹⁰⁸⁰ ATF 60 II 467 (JT 1935 I 274) ; Blum/Pedrazzini, art. 7 rem. 18 c t. I p. 356 ; Dürr, art. 7 p. 38 ; Pointet, p. 37 ; de Mestral, p. 67-68 et citations.

bb) *Loi du 2 janvier 1968*: Aux termes de l'art. 8 de la nouvelle loi française, l'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant le jour du dépôt de la demande. Contrairement à l'ancien article 31, cette disposition n'inclut pas le brevet français non publié dans l'état de la technique¹⁰⁸¹; mais, comme l'art. 26 al. 1 ch. 5 de la loi suisse, l'art. 12 de la loi du 2 janvier 1968 prévoit la nullité de tout brevet portant sur une invention déjà revendiquée dans un titre délivré antérieurement.

La différence essentielle que présente la nouvelle loi par rapport à l'ancien régime consiste dans l'introduction de revendications qui, comme en droit suisse, sont déterminantes quant à l'étendue de la protection et à l'examen de la nouveauté¹⁰⁸².

D'autre part, l'art. 8 al. 3 ch. 1 consacre la règle jurisprudentielle en vertu de laquelle la divulgation ne fait pas échec à la nouveauté qui résulte d'un abus à l'égard du titulaire du brevet. Cette exception ne vaut que pour les divulgations antérieures de six mois au plus au dépôt de la demande.

Au surplus, les conditions de la nouveauté n'ont pas été modifiées par la loi nouvelle¹⁰⁸³.

2. *La présomption de nouveauté*: En droit français comme en droit suisse, la nouveauté d'une invention brevetée est présumée¹⁰⁸⁴. La preuve de l'existence d'une antériorité incombe donc à celui qui nie la nouveauté de l'invention au moment du dépôt de la demande. Il y a un renversement du fardeau de la preuve, habituellement réservé à qui veut obtenir un droit nouveau.

On peut administrer en tout temps cette preuve de la divulgation ou de la publication de l'invention. Même les brevets accordés après un examen ne sont pas à l'abri de la nullité faute de nouveauté.

3. *Les faits destructeurs de nouveauté*

a) *La divulgation*

aa) *Droit suisse*: La divulgation au sens juridique ne correspond pas à la notoriété. Il y a divulgation dès que les gens de l'industrie à laquelle appartient l'invention ont la possibilité réelle de connaître l'invention¹⁰⁸⁵.

Il faut que le nombre des personnes capables de prendre connaissance de l'invention soit indéterminé et inconnu¹⁰⁸⁶. Selon le Tribunal fédéral¹⁰⁸⁷, le fait de dévoiler l'invention à un nombre restreint de personnes ne détruit pas la nouveauté. En fait, il peut suffire d'une ou deux personnes pour divulguer une invention très largement¹⁰⁸⁸. De même, suivant les circonstances, la vente d'un seul exemplaire peut suffire à réaliser la divulgation¹⁰⁸⁹. Il convient d'examiner chaque cas en particulier.

Anciennement, le Tribunal fédéral exigeait que les gens du métier eussent réellement pris connaissance de l'invention¹⁰⁹⁰. Ce n'est plus le cas depuis long-

¹⁰⁸¹ Cf. Le Tarnec, *Gaz. Pal.* 1 Doctrine 1969 p. 45.

¹⁰⁸² Weinstein, p. 13.

¹⁰⁸³ Le Tarnec, *ibid.*; Mathély/Plaisant, fasc. III à XXXVIII cotés 5 1969 n° 34.

¹⁰⁸⁴ Mathély/Plaisant, fasc. IX coté 5 1958 n° 3 ss; Blum/Pedrazzini, art. 26 rem. 23 t. II p. 174 ss; TF 18 déc. 1903, Kugler c. Rasario et Viollet, JT 1904 I 246.

¹⁰⁸⁵ Blum/Pedrazzini, art. 7 rem. 13-15 t. I p. 350 ss.

¹⁰⁸⁶ ATF 20 682 (JT 1894 I 672), 29 II 163, 68 II 393 (JT 1943 I 315), 94 II 285 (JT 1969 I 630); Blum/Pedrazzini, art. 7 rem. 14 t. I p. 352.

¹⁰⁸⁷ ATF 29 II 163; cf. Blum/Pedrazzini, *ibid.*

¹⁰⁸⁸ Cf. Blum/Pedrazzini, *ibid.*; de Mestral, p. 65; Jenny p. 68.

¹⁰⁸⁹ ATF 41 II 516, 68 II 393 (JT 1943 I 315).

¹⁰⁹⁰ Blum/Pedrazzini, art. 7 rem. 16 t. I p. 353; ATF 29 II 176, 35 II 450.

temps : il suffit que les gens du métier aient eu une possibilité suffisante, mais pas seulement théorique, de connaître l'invention ; il faut qu'il existe une certaine probabilité, une certaine vraisemblance (Wahrscheinlichkeit) qu'une telle prise de connaissance a eu lieu ¹⁰⁹¹ : ainsi, le Tribunal fédéral a jugé ¹⁰⁹² que ne constituait pas une divulgation le fait de laisser traîner pendant deux mois et demi une serrure dans un atelier ouvert au public, parce que cette serrure ne présentait aucune particularité pour les visiteurs, et qu'il était peu probable que l'un d'eux l'ait examinée en détail. Il n'était pas possible à un observateur rapide de retenir avec une précision suffisante les traits essentiels du mécanisme. La divulgation n'est donc accomplie que si l'occasion est donnée d'un examen approfondi ¹⁰⁹³.

Il suffit que l'invention ait été divulguée en un seul endroit ¹⁰⁹⁴ et pendant une période limitée ; il est inutile que l'invention soit toujours accessible au moment du dépôt ¹⁰⁹⁵.

L'invention doit être réellement accessible : si elle est exposée, mais enveloppée de telle sorte que le technicien moyen ne puisse en prendre connaissance, il n'y a pas antériorité. C'est ainsi qu'un nouveau système de radiateur d'automobile, contenu dans le radiateur même, n'a pas été considéré comme dévoilé : il aurait fallu démonter le radiateur pour prendre connaissance du dispositif ; or, le représentant en Suisse de la fabrique ignorait lui-même que le radiateur recelait une nouveauté ¹⁰⁹⁶.

En revanche, une invention est divulguée si elle est contenue dans un objet vendu à l'aide d'une publicité faisant allusion à la nouveauté : en pareil cas, il est probable que le technicien de la branche en a pris connaissance ¹⁰⁹⁷.

Communiquer l'invention à des gens tenus au secret ne constitue pas un fait destructeur de nouveauté ¹⁰⁹⁸ : on ne peut enlever à l'inventeur la possibilité de s'entourer d'auxiliaires dans la réalisation de son invention et dans ses essais ¹⁰⁹⁹.

bb) *Droit français* : La loi française de 1844 parle de « publicité ». Le nouvel article 8 parle de « ce qui a été rendu accessible au public » ; la divulgation y est mentionnée dans un sens tout général équivalent à celui de « publicité ». Les anciennes règles demeurent applicables ¹¹⁰⁰.

Si la doctrine et les tribunaux réservent en général le terme de « divulgation » à la publicité provenant de l'inventeur lui-même ¹¹⁰¹, on ne trouve pas dans le droit français de distinction analogue à celle que fait le droit suisse entre « publication » et « divulgation » : la divulgation à l'étranger étant également destructrice de nouveauté selon la loi française, cette différence ne présente guère d'intérêt.

De même qu'en droit suisse, il importe peu que la divulgation ait été plus ou moins étendue. Il suffit que le public ait pu connaître l'invention ¹¹⁰².

¹⁰⁹¹ ATF 29 II 163 (Ann. jur. XI 1903 n° 62 p. 19), 41 II 278 (JT 1916 I 133 ss), 58 II 285 (JT 1933 I 478), 60 II 473 (JT 1935 I 276), 68 II 397 (JT 1943 I 314) ; Blum/Pedrazzini, art. 7 rem. 16 t. I p. 353 ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 231 ; de Mestral, p. 66.

¹⁰⁹² ATF 60 II 472 (JT 1935 I 276).

¹⁰⁹³ Blum/Pedrazzini, art. 7 rem. 16 t. I p. 354.

¹⁰⁹⁴ ATF 41 II 516, 68 II 397 (JT 1943 I 314) ; Blum/Pedrazzini, *ibid*.

¹⁰⁹⁵ Blum/Pedrazzini, *ibid*. ; de Mestral, p. 69.

¹⁰⁹⁶ Blum/Pedrazzini, *ibid*. ; ATF 58 II 285 (JT 1933 I 478).

¹⁰⁹⁷ Blum/Pedrazzini, art. 7 rem. 16 t. I p. 355 ; ATF 68 II 397 (JT 1943 I 314).

¹⁰⁹⁸ ATF 35 II 642, 43 II 113 (JT 1917 I 384), 60 II 471 (JT 1935 I 275), 68 II 397 (JT 1943 I 315) ; Koch, p. 61 ss ; Blum/Pedrazzini, art. 7 rem. 19 t. I p. 357 ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 231 ss ; Dürr, art. 7 p. 37 ; de Mestral, p. 64.

¹⁰⁹⁹ Blum/Pedrazzini, *eod. loc*.

¹¹⁰⁰ Le Tarnec, Gaz. Pal. 1 Doctrine 1969 p. 45 ; Weinstein, p. 12.

¹¹⁰¹ Mathély/Plaisant, fasc. IX coté 5 1958 n° 7 ; Roubier, t. II p. 142.

¹¹⁰² Pouillet, n° 375 ; Mathély/Plaisant, fasc. IX coté 5 1958 n° 9-10 et arrêts cités.

Comme en Suisse, il est nécessaire que l'invention soit exposée de telle manière que des gens du métier aient une possibilité réelle de prendre connaissance de son mécanisme : ainsi, il n'y a pas publicité dans le fait de montrer l'invention à un amateur ¹¹⁰³ ou à des gens incapables d'en saisir le fonctionnement ¹¹⁰⁴ ; la vente d'un produit n'exclut pas la nouveauté si son aspect ne révèle pas les procédés de fabrication ¹¹⁰⁵. En revanche, la vente de cartes perforées dont la seule vue révèle toutes les caractéristiques de l'invention détruit la nouveauté ¹¹⁰⁶. La publicité peut remonter à une date très ancienne, et même être oubliée, sans cesser d'être destructrice de nouveauté ¹¹⁰⁷. Il suffit également qu'elle ait eu lieu en un seul endroit, même à l'étranger ¹¹⁰⁸.

Comme la jurisprudence suisse, les tribunaux français tiennent compte des servitudes imposées par la technique : les constructions et essais confiés à des tiers, généralement tenus au secret, ne constituent pas une divulgation ¹¹⁰⁹.

b) *La publication*

aa) *Droit suisse* : En droit suisse, la « publication par l'écrit ou par l'image » est la deuxième forme possible de l'antériorité. Il s'agit là d'un cas particulier de divulgation. Mais, contrairement à la divulgation générale, la publication par l'écrit ou par l'image détruit la nouveauté en quelque endroit qu'elle se produise.

Un écrit ou une image est publié quand il est accessible à un nombre indéterminé de personnes. Autrement dit, un écrit ou une image est une publication dès qu'il est divulgué ¹¹¹⁰. Un seul exemplaire peut donc suffire à l'existence d'une publication, par exemple lorsqu'il se trouve dans une bibliothèque publique ¹¹¹¹. Ce qui est déterminant, c'est le fait que l'invention soit accessible au public. Un très grand nombre d'écrits gardés secrets ne saurait être considéré comme une publication ¹¹¹². Le moment déterminant de la publication est celui où l'écrit ou l'image est mis à la disposition du public ¹¹¹³.

La publication peut se faire en n'importe quelle langue, même dans une langue morte. Un langage ou une écriture secret sont cependant exclus ¹¹¹⁴.

D'après Blum/Pedrazzini ¹¹¹⁵, la publication par l'image ne s'entendrait que d'images à deux dimensions. C'est bien là le sens restreint qu'on donne couramment à ce terme. Cependant, cette restriction n'est pas justifiée par le texte de la loi, ni par le but de l'exigence de nouveauté. Le terme « image » comprend les images à trois dimensions (la Genèse proscriit l'image taillée : on ne peut tailler qu'en trois dimensions).

Il serait curieux qu'une maquette répandue dans un pays étranger ne puisse détruire la nouveauté du mécanisme qu'elle représente, alors que la présence d'un seul livre dans une bibliothèque perdue y suffirait.

¹¹⁰³ Paris 18 juillet 1900, Ann. 1901 p. 163.

¹¹⁰⁴ Grenoble 12 mai 1885, Ann. 1886 p. 110.

¹¹⁰⁵ Paris 10 janv. 1857, Ann. 1857 p. 14.

¹¹⁰⁶ Cass. civ. 25 oct. 1950, Ann. 1950 p. 234.

¹¹⁰⁷ Mathély/Plaisant, fasc. IX coté 5 1958 n° 46.

¹¹⁰⁸ Mathély/Plaisant, fasc. IX coté 5 1958 n° 47.

¹¹⁰⁹ Mathély/Plaisant, fasc. IX coté 5 1958 n° 17-18 et arrêts cités.

¹¹¹⁰ Cf. de Mestral, p. 63.

¹¹¹¹ ATF 41 II 277 (JT 1916 I 133) ; Blum/Pedrazzini, art. 7 rem. 22 t. I p. 360 ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 236 ; *contra* : Weidlich/Blum, art. 4 rem. 9 t. I p. 146 ; tel n'était pas le cas selon l'ancienne jurisprudence : ATF 35 II 450, 94 II 285 (JT 1969 I 630).

¹¹¹² Blum/Pedrazzini, art. 7 rem. 22 t. I p. 361.

¹¹¹³ Blum/Pedrazzini, *ibid.*

¹¹¹⁴ Bull. stén. CE 1953 p. 358 ; Blum/Pedrazzini, art. 7 rem. 23 t. I p. 362 ss.

¹¹¹⁵ Blum/Pedrazzini, art. 7 rem. 23 t. I p. 363-364.

Les mêmes auteurs ¹¹¹⁶ veulent réserver le terme d'« écrit » à ce qui s'adresse aux yeux. Ils font pourtant une exception en ce qui concerne l'alphabet Braille, qui s'adresse au toucher. Une telle interprétation nous paraît trop restrictive, elle aussi. L'écriture est la fixation de la pensée dans des signes conventionnels durables. Ces signes doivent pouvoir être déchiffrés. Mais il est indifférent que ce déchiffrement s'opère au moyen du toucher, de la vue, ou même d'une machine. Ainsi, un disque est une publication par l'écrit : le sillon est creusé de signes que déchiffre l'électrophone; quant à la bande magnétique, elle porte des signaux magnétiques déchiffrés par le magnétophone. Il en va de ces publications comme des livres ¹¹¹⁷. Il suffit donc pour qu'il y ait publication, nous semble-t-il, que le disque ou la bande se trouve à la disposition du public, ne serait-ce qu'à un seul exemplaire dans une bibliothèque.

Rappelons que les brevets et demandes de brevets non publiés ne sont pas destructeurs de nouveauté en droit suisse, selon la doctrine dominante ¹¹¹⁸. Mais l'art. 26 ch. 5 permet de prononcer la nullité de brevets ultérieurs pris pour le même objet. La question s'est posée de savoir si la demande antérieure déposée à l'étranger permettait l'application de cette disposition. En général, la doctrine suisse est opposée à une telle interprétation ¹¹¹⁹. D'autre part, l'art. 26 ch. 5 exige-t-il que l'invention brevetée postérieurement présente un certain niveau inventif par rapport à la demande de brevet antérieure non publiée ? Selon Blum/Pedrazzini, l'originalité ne pourrait être exigée que par rapport à la revendication du brevet antérieur ¹¹²⁰. Le Bureau fédéral de la propriété intellectuelle rejette cette interprétation ¹¹²¹, qui nous paraît pourtant conforme à la jurisprudence fédérale ¹¹²². Un tel examen dépasse cependant celui de la seule nouveauté.

bb) *Droit français* : « La publication de l'invention par l'inventeur, qu'elle soit sous une forme écrite ou parlée, qu'elle soit sous la forme rédigée ou dessinée, constitue une divulgation. » ¹¹²³ On voit clairement ici que la publication n'est qu'une forme de la divulgation. Les considérations valables pour le droit suisse sont également applicables en droit français.

Sous le régime de la loi de 1844, le brevet non publié était destructeur de nouveauté depuis la révision du 27 janvier 1944. Avant 1944, la Cour de Cassation, interprétant strictement la loi, avait déclaré valables des brevets couvrant des inventions déjà brevetées, mais non publiées ¹¹²⁴. Cette solution n'est plus possible, heureusement. L'art. 8 de la loi nouvelle exclut les demandes non publiées de l'état de la technique; on peut cependant prononcer la nullité des brevets postérieurs en vertu de l'art. 12.

Dans les deux droits, les brevets étrangers non publiés ne détruisent pas la nouveauté d'une invention.

c) *Le droit de priorité* : L'art. 4 de la Convention de l'Union de Paris à laquelle la France et la Suisse sont parties, prévoit que « celui qui aura régulièrement fait le dépôt d'une demande de brevet d'invention, ... dans l'un des pays de l'Union, ou

¹¹¹⁶ Blum/Pedrazzini, art. 7 rem. 23 t. I p. 365 ; cf. également de Mestral, p. 80.

¹¹¹⁷ Cf. Busse, § 2 rem. 4.

¹¹¹⁸ Cf. Blum/Pedrazzini, art. 7 rem. 6 t. I p. 343 ; de Mestral, p. 83 ; Dürr, art. 7 p. 39 ; Gass, p. 81.

¹¹¹⁹ Cf. Blum/Pedrazzini, art. 26 rem. 10 t. II p. 139.

¹¹²⁰ Blum/Pedrazzini, art. 26 rem. 10 t. II p. 142.

¹¹²¹ FSBMM/PMMBI 1967 p. 30 ss ; de Mestral, p. 281.

¹¹²² ATF 69 II 188 (JT 1943 I 557), cf. *supra*, p. 107-108.

¹¹²³ Mathély/Plaisant, fasc. IX coté 5 1958 n° 25.

¹¹²⁴ Cf. Mathély/Plaisant, fasc. IX coté 5 1958 n° 38-39 et arrêts cités.

son ayant cause, jouira, pour effectuer le dépôt dans les autres pays, d'un droit de priorité pendant les délais déterminés ci-après ».

Aux termes de l'art. 4 I, introduit par l'Acte de Stockholm du 14 juillet 1967, le certificat d'auteur accordé aux inventeurs dans certains pays socialistes, et notamment en URSS, est assimilé au brevet d'invention quant à l'exercice du droit de priorité.

Le délai est de douze mois à compter du jour du dépôt de la demande; mais cette date n'est pas comptée dans le délai (art. 4 C 1 et 2). « En conséquence, le dépôt ultérieurement opéré dans l'un des autres pays de l'Union, avant l'expiration de ces délais, ne pourra être invalidé par des faits accomplis dans l'intervalle, soit, notamment, par un autre dépôt, par la publication de l'invention ou son exploitation, ... » (art. 4 B).

Le délai se compte seulement à partir du dépôt de la première demande. Les demandes ultérieures faites dans d'autres Etats membres de l'Union grâce au délai de priorité créé par la première demande ne comptent pas. Selon l'art. 4 C 4, une demande ultérieure dans le même pays peut être le point de départ du délai, à condition que la demande antérieure ait été retirée, abandonnée ou refusée sans être soumise à l'examen public. La demande antérieure ne peut plus alors servir de base pour la revendication d'un droit de priorité.

L'art. 4 F interdit aux Etats signataires de refuser une priorité pour la raison que le déposant revendique une priorité multiple, venant de brevets contemporains, à condition qu'il y ait unité d'invention.

L'art. 4 H précise que « la priorité ne peut être refusée pour le motif que certains éléments de l'invention ne figurent pas parmi les revendications formulées dans la demande au pays d'origine, pourvu que l'ensemble des pièces de la demande révèle d'une façon précise lesdits éléments ».

d) *La protection aux expositions*: L'art. 11 de la Convention de Paris prévoit que les Etats contractants accorderont une protection temporaire aux inventions figurant dans des expositions internationales officielles et internationalement reconnues. Le délai de priorité pourra partir de la date de l'introduction de l'objet dans l'exposition. La protection temporaire ne doit pas prolonger le délai fixé par l'art. 4.

Pour le reste, la Convention renvoie aux législations nationales. Cette solution est insatisfaisante. Les BIRPI ont proposé à Lisbonne de modifier l'art. 11, mais cette suggestion n'a pas abouti.

En Suisse, la protection aux expositions est régie par l'art. 21 LBI¹¹²⁵ : l'al. 1 prévoit un droit de priorité pendant un délai de six mois à partir de l'ouverture de l'exposition; celle-ci doit être une exposition internationale officielle dans un pays de l'Union; l'exposant doit être ressortissant d'un Etat contractant. Selon l'al. 2 ce droit de priorité rend non opposables au dépôt les faits survenus pendant les trois mois précédant l'ouverture de l'exposition.

L'art. 21 LBI remplace l'art. 7 de l'ancienne loi du 3 avril 1914 sur les droits de priorité relatifs aux brevets d'invention et aux dessins ou modèles industriels. La disposition abrogée prévoyait que le droit de priorité pouvait naître non seulement dans le cas des expositions internationales, mais également dans celui des expositions nationales. Cette large protection, apparemment favorable aux petits inventeurs, s'est cependant avérée dangereuse. De nombreux inventeurs ignoraient en effet que plusieurs pays de l'Union n'accordaient le droit de priorité que dans le cas d'une exposition internationale. Ainsi, la présentation de leur invention dans une exposition suisse, loin de permettre à ces inventeurs de revendiquer la

¹¹²⁵ Cf. Blum/Pedrazzini, art. 21 t. II p. 61 ss.

priorité, détruisait au contraire la nouveauté de leur création dans ces pays et leur interdisait l'accès au brevet. Afin d'éviter de telles surprises, le législateur a préféré contraindre les inventeurs à déposer leur brevet aussi tôt que possible, en restreignant le droit de priorité aux seules expositions internationales ¹¹²⁶.

En France ¹¹²⁷, la question est réglée par la loi du 13 avril 1908 ¹¹²⁸. Le délai est de douze mois, à partir de l'ouverture de l'exposition. Il doit s'agir d'une exposition officielle nationale en France, ou internationale; mais il est indifférent que l'Etat dans lequel elle est organisée soit ou non partie à la Convention de Paris. De même, la nationalité de l'inventeur exposant n'entre pas en ligne de compte. La loi du 2 janvier 1968 (art. 71) renvoie à ces dispositions ainsi qu'à la Convention de Paris du 22 novembre 1928 concernant les expositions internationales.

e) *L'invention tombée dans l'oubli*: Au contraire du droit allemand, ni le droit suisse ni le droit français ne fixent de limite quant à la date de l'antériorité. Une divulgation ou une publication datant de plusieurs siècles détruit donc la nouveauté d'un mécanisme, même si les gens du métier l'ont totalement oubliée. En théorie, le brevet dit « de résurrection » est impossible ¹¹²⁹.

On a vu qu'il n'en était pas nécessairement de même, en Suisse, dans l'appréciation du niveau inventif ¹¹³⁰.

4. *La nouveauté des diverses formes de l'invention*: L'examen de la nouveauté porte sur les mêmes points que celui du niveau inventif. L'application nouvelle d'un moyen connu est évidemment nouvelle quand l'utilisation même du moyen est nouvelle. C'est donc le rapport entre le moyen et le but qui doit être nouveau, quoique moyen et but en eux-mêmes puissent être anciens ¹¹³¹.

La nouveauté de la combinaison nouvelle porte sur l'agencement des moyens. Les éléments isolés peuvent être tous connus sans que soit détruite la nouveauté de l'ensemble ¹¹³².

5. *Le produit théoriquement connu mais inaccessible*: En droit suisse comme en droit français, l'antériorité doit permettre l'exécution par l'homme du métier, à défaut de quoi elle n'est pas opposable au brevet ¹¹³³. *A contrario*, un brevet peut-il porter sur une idée générale déjà connue, mais inexecutable jusqu'alors, si l'inventeur indique pour la première fois les moyens de réalisation nécessaires? Ce serait le cas, par exemple, d'un produit chimique dont la formule est connue théoriquement, mais dont le procédé de fabrication reste à trouver.

Cette question est liée à celle de la brevetabilité des inventions « de problème ». En droit suisse, il ne fait aucun doute que l'idée générale, pour être monopolisée, doit être nouvelle et hors de portée du technicien moyen : seuls peuvent être brevetés les moyens de réalisation, si l'idée est connue ¹¹³⁴. Par exemple, l'idée générale (ou le problème) de construire un casque léger et résistant est déjà connue et ne peut donner lieu à un brevet ¹¹³⁵.

¹¹²⁶ Message du CF du 25 avr. 1950, FF 1950 I p. 977.

¹¹²⁷ Cf. Pouillet, n° 544 ss ; Mathély/Plaisant, fasc. XX coté 11 1957.

¹¹²⁸ JO 15 avr. 1908.

¹¹²⁹ Cf. Couhin, t. I p. 331, qui cite le rapporteur Dupin ; Mathély/Plaisant, fasc. IX coté 5 1958 n° 46 ; Blum/Pedrazzini, art. 7 rem. 16 t. I p. 354 ; de Mestral, p. 69.

¹¹³⁰ Cf. n. 760.

¹¹³¹ Cf. n. 834.

¹¹³² Cf. n. 913 et 306.

¹¹³³ Cf. n. 1074 et 1068.

¹¹³⁴ Cf. Blum/Pedrazzini, art. 7 rem. 24 t. I p. 370 ; ATF 39 II 348, 38 II 675, 44 II 196, 56 II 141 (JT 1930 I 422), 71 II 313 (JT 1946 I 313), 81 II 292 (JT 1956 I 341).

¹¹³⁵ ATF 56 II 141 (JT 1930 I 428).

Ce principe n'est pas aussi évident en droit français : certains auteurs admettent la brevetabilité du produit, même théoriquement connu, si l'inventeur révèle le premier les moyens pratiques de l'obtenir. On a vu ¹¹³⁶ que Malapert ¹¹³⁷ reconnaissait la qualité de produit brevetable à l'aluminium obtenu pour la première fois sous forme de lingots, et que Casalunga ¹¹³⁸ considère comme brevetable la soude obtenue pour la première fois à l'état libre, et non combiné. De même, l'oxyde d'antimoine a été jugé brevetable, en tant que produit parce qu'il était impossible de l'obtenir industriellement auparavant ¹¹³⁹; il semble que, dans cet arrêt, le juge ait considéré que la nouveauté devait porter uniquement sur le caractère industriel, et non sur le produit lui-même.

Cette position nous paraît inconciliable avec le principe généralement admis selon lequel les produits présents dans la nature ne peuvent faire l'objet d'un monopole exclusif ¹¹⁴⁰ : par exemple, il a été jugé que la cellulose, produit naturel contenu dans l'enveloppe des noix de coco n'était pas brevetable ¹¹⁴¹, ni la découverte d'un champignon ¹¹⁴², ni celle de la vitamine B 12 contenue dans les concentrats de foie ¹¹⁴³. Pourtant, il est certain que, par exemple, la vitamine B 12 n'existait pas à l'état pur auparavant. D'autre part, si la formule du produit est connue, elle constitue un résultat à atteindre, qu'il est permis à chacun de viser : ce résultat ne peut faire l'objet d'un monopole exclusif ¹¹⁴⁴. Pour détruire la nouveauté d'une combinaison, il est inutile que celle-ci existe matériellement, puisqu'il suffit d'une publication.

Il nous semble donc qu'il convient d'approuver un arrêt de la Cour de Chambéry ¹¹⁴⁵ où il a été jugé que le titulaire d'un brevet portant sur l'obtention d'un produit connu théoriquement (carbure de calcium) ne pouvait interdire à des tiers de fabriquer le même produit par d'autres voies, la protection ne s'étendant qu'au procédé de fabrication. Pouillet ¹¹⁴⁶, ainsi que Mathély/Plaisant ¹¹⁴⁷, qui critiquent cette décision, nous paraissent être dans l'erreur.

6. *La nouveauté et les équivalents*: L'identité entre l'antériorité et la combinaison revendiquée ne doit porter que sur les traits essentiels, et non sur des points secondaires. Si une combinaison connue est constituée des éléments ABCD, le fait de remplacer un élément par un autre de même fonction ne suffit pas à créer une différence, du point de vue fonctionnel, entre la combinaison connue et la combinaison obtenue après le « changement ».

Pour qu'un ensemble de fonctions soit connu, il suffit en effet que soit dévoilée une seule exécution particulière de la combinaison; il est inutile que tous les éléments utilisables soient également connus. Dès lors qu'une version est connue, il devient impossible d'obtenir un brevet portant sur la même combinaison de fonctions. En revanche, l'utilisation de tel élément, à l'intérieur de la combinaison,

¹¹³⁶ Cf. *supra*, p. 45.

¹¹³⁷ Malapert, n° 91.

¹¹³⁸ Casalunga, *Traité de la Brevetabilité*, n° 204.

¹¹³⁹ Riom 5 avr. 1900, Ann. 1901 p. 105.

¹¹⁴⁰ Pouillet, n° 24 ; Roubier, t. II p. 91 ; Mathély/Plaisant, fasc. V coté 5 1958 n° 9 ; Valancogne, t. I n° 339 ss p. 165 ss.

¹¹⁴¹ Cass. 27 fév. 1894, Ann. 1894 p. 166.

¹¹⁴² Paris 22 juin 1922, Ann. 1922 p. 347.

¹¹⁴³ Trib. civ. Seine 9 mai 1957, Ann. 1963 p. 329.

¹¹⁴⁴ Cf. Valancogne, t. I n° 169 ss p. 85 et n° 392 ss p. 189 ss et arrêts cités ; Roubier, t. II p. 69 ; Mathély/Plaisant, fasc. IV coté 5 1958 n° 27 ss.

¹¹⁴⁵ Chambéry 9 avr. 1906, Ann. 1906 p. 272.

¹¹⁴⁶ Dalloz 1904 2 p. 317.

¹¹⁴⁷ Mathély/Plaisant, fasc. V coté 5 1958 n° 26.

pourra faire l'objet d'un brevet si elle est inattendue; mais ce brevet ne portera que sur l'application de l'élément nouveau, non sur l'ensemble en général ¹¹⁴⁸.

A ce point de vue, l'équivalence relève donc de la nouveauté au sens formel des art. 7 de la loi suisse, 31 de la loi française de 1844 et 8 de la loi du 2 janvier 1968. On a vu ¹¹⁴⁹ toutefois que la doctrine suisse et germanique utilise également le terme d'« équivalent » pour désigner un nouveau moyen non inventif, considéré en lui-même et non par rapport à sa fonction dans un ensemble déterminé; dans ce sens-là, l'équivalence n'est qu'une manière d'apprécier le niveau inventif : elle suppose alors une gradation et ne relève plus seulement de la nouveauté ¹¹⁵⁰. Cette acception de l'équivalence n'est pas reçue par la jurisprudence suisse, ni française.

7. Les équivalents en chimie

a) *Droit suisse* : Il faut faire une place spéciale aux équivalents dans le domaine chimique. La loi suisse (art. 53) utilise en effet le terme d'« équivalent » au sujet de la portée du brevet de procédé : « Les revendications pour des procédés de fabrication de substances chimiques doivent définir un procédé déterminé en ce qui concerne le processus chimique, lequel peut s'appliquer à des groupes de substances dont les membres sont équivalents quant à ce processus. » Cette disposition n'est pas extrêmement claire, et mérite une explication.

Dans l'ancienne loi de 1907, l'art. 6 al. 2 disait que les brevets couvrant des procédés de fabrication de substances chimiques « ne pouvaient être délivrés que pour un seul procédé, qui par la mise en œuvre de matières premières nettement déterminées, aboutissait à une seule substance ». Autrement dit, si un même procédé permettait de fabriquer plusieurs substances analogues, à partir de matières premières analogues, il fallait prendre un brevet pour chaque application particulière. Il suffisait d'en oublier une, et un concurrent pouvait utiliser l'invention ou la faire breveter sous forme de procédé d'analogie. Il y avait une légère atténuation à cette réglementation : l'art. 14 al. 2 précisait que le propriétaire d'un brevet principal pour la fabrication d'une substance chimique pouvait obtenir un brevet additionnel pour chaque « invention » consistant à remplacer les matières premières par des équivalents, à condition que les produits obtenus par les deux procédés fussent analogues au point de vue de leur application. Cette réglementation avait été jugée peu satisfaisante par les représentants de l'industrie chimique. Son but était de limiter la protection à ce que l'inventeur avait réellement expérimenté. Mais, très souvent, celui-ci n'avait pas la possibilité d'expérimenter toutes les applications de son procédé, qui se comptaient souvent par dizaines ou même par centaines.

Aussi, le législateur a-t-il modifié la loi sur ce point en 1954 : « ...les inventions de procédés de fabrication de substances chimiques dans lesquelles les matières premières peuvent varier et qui permettent d'obtenir, par une même réaction chimique ou par une même suite de réactions chimiques, une série de produits différents, pourront être protégées par un seul et même brevet qui les embrassera tout entières » ¹¹⁵¹.

Le brevet protège l'invention entière, c'est-à-dire le procédé appliqué à des groupes de substances qui jouent le même rôle dans le processus chimique; ce sont des substances analogues. Il suffit donc, pour antérioriser le brevet général, de révéler le procédé, ne serait-ce que dans une seule application; il ne sera plus

¹¹⁴⁸ Cf. Bumbacher, p. 83 ; Valancogne, t. I n° 130 ss p. 62 ss et n° 169 p. 85 ss.

¹¹⁴⁹ Cf. *supra*, p. 122 ss ; Bumbacher, p. 20 ss ; de Mestral, p. 200.

¹¹⁵⁰ Cf. Blum/Pedrazzini, art. 7 rem. 24 t. I p. 374 ; Matter, RDS 1944 p. 38 a.

¹¹⁵¹ Cf. message du CF du 25 avr. 1950, FF 1950 I p. 1002, qui traite l'ensemble de la question.

possible alors d'obtenir la protection que pour des applications particulières, inattendues, qui présentent un niveau inventif suffisant ¹¹⁵².

b) *Droit français*: Le problème ne s'est jamais posé comme il s'est posé en droit suisse. Selon Pouillet ¹¹⁵³, le breveté ne peut revendiquer que les applications qu'il a indiquées; mais il faut comprendre dans les applications indiquées les applications analogues à celles prévues par le breveté; Roubier ¹¹⁵⁴ est du même avis: il faut garantir au breveté les applications qui ont avec celles spécialement revendiquées une « analogie évidente et immédiate ». La jurisprudence admet cette opinion; elle inclut dans le domaine protégé les applications qui se rattachent naturellement au procédé ¹¹⁵⁵. Il n'y a donc pas de régime spécial pour les inventions chimiques.

8. *La nouveauté et la Convention de Strasbourg*: L'art. 4 ch. 2 de la Convention de Strasbourg du 27 novembre 1963 sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention prévoit que l'invention est considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique. «... l'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public, par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen, avant le jour du dépôt de la demande de brevet ou d'une demande étrangère dont la priorité est valablement revendiquée ».

D'autre part, l'art. 4 ch. 4 stipule que le brevet ne peut être refusé ou invalidé si la divulgation a eu lieu dans les six mois précédant le dépôt de la demande et résulte « d'un abus évident à l'égard du demandeur ou de son prédécesseur en droit ».

La nouvelle loi française a introduit ces deux clauses dans l'art. 8.

Quant à la loi suisse, elle devra être adaptée sur ce point avant l'entrée en vigueur en Suisse de la Convention. En effet, la divulgation à l'étranger devra être considérée comme destructrice de nouveauté, ce qui n'est pas le cas dans la loi du 25 juin 1954. D'autre part, cette loi ne prévoit pas le maintien du brevet en cas de divulgation frauduleuse.

¹¹⁵² Cf. ATF 89 II 156 ss (JT 1963 I 612 ss), 92 II 280 ss.

¹¹⁵³ Pouillet, n° 102.

¹¹⁵⁴ Roubier, t. II p. 121.

¹¹⁵⁵ Cf. Mathély/Plaisant, fasc. XVII coté 11 1957 n° 6, qui citent: Cass. crim. 28 juillet 1853, Bulletin criminel n° 402; Lyon 7 mars 1906, Ann. 1906 p. 158; Cass. 11 déc. 1857, Ann. 1857 p. 448.

VIII LE CARACTÈRE INDUSTRIEL

1. *L'exigence du caractère industriel*

a) *Généralités*: Le caractère industriel de l'invention brevetable est une condition générale de la brevetabilité, prévue par toutes les législations. La Convention de Paris vise d'ailleurs uniquement « la protection de la propriété industrielle ».

b) *Droit suisse*: L'art. 1^{er} al. 1 LBI réserve la protection du brevet aux « inventions nouvelles utilisables industriellement »¹¹⁵⁶.

On peut se demander si ce libellé est heureux : au sens large, « industrie » signifie « exercice d'un métier » ; on pourrait en déduire que l'invention utilisable industriellement est celle qui peut rapporter de l'argent. Une telle exigence ne présenterait guère d'utilité, puisque la publicité permet de vendre à peu près n'importe quoi. Il semble donc à première vue que le terme « industrie » est entendu ici dans son sens restreint, qui s'applique aux « opérations qui concourent à la transformation des matières premières et à la production des richesses »¹¹⁵⁷ ; ce n'est pourtant pas évident.

Selon le Tribunal fédéral : « Il suffit, pour qu'une invention remplisse la condition exprimée par ces mots, que l'application indiquée par le brevet soit réalisable par les moyens désignés et que ceux-ci ressortissent au domaine de l'industrie, quel que soit par ailleurs le plus ou moins grand avantage commercial que peut présenter l'invention. »¹¹⁵⁸

Cette définition semble correspondre à celle adoptée par Blum/Pedrazzini¹¹⁵⁹, qui tiennent une invention pour utilisable industriellement si elle est propre à être fabriquée ou utilisée comme moyen d'action dans l'industrie.

Que faut-il entendre par « industrie » ? Une partie de la doctrine donne à ce terme un sens très large. Selon Blum/Pedrazzini¹¹⁶⁰, qui s'appuient sur Damme/Lutter¹¹⁶¹, l'industrie selon le droit des brevets comprend toute activité humaine régulièrement répétée qui offre au public la satisfaction d'un besoin¹¹⁶². Il s'agit là d'une définition purement économique.

D'autres auteurs assimilent la notion d'industrie à celle de technique ou d'invention et considèrent par conséquent l'exigence du caractère industriel, déjà contenue dans celle d'invention ou de progrès technique, comme inutile¹¹⁶³.

¹¹⁵⁶ La loi du 29 juin 1888 parlait d'inventions « applicables à l'industrie » et celle du 21 juin 1907 d'inventions « susceptibles d'exploitation industrielle » ; il est admis qu'il s'agit d'expressions équivalentes à celle de la loi nouvelle : cf. ATF 56 I 201 (JT 1930 I 598), 31 II 157 ; Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 27 t. I p. 136 ; message du CF du 25 avr. 1950, FF 1950 I p. 958.

¹¹⁵⁷ Dictionnaire Larousse.

¹¹⁵⁸ ATF 50 II 306 ; voir aussi : ATF 31 II 156, 34 II 364, 35 II 449, 56 I 206 (JT 1930 I 598), 61 II 50 (JT 1935 I 470), 63 II 279.

¹¹⁵⁹ Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 27 t. I p. 136.

¹¹⁶⁰ Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 27 t. I p. 137.

¹¹⁶¹ Damme/Lutter, p. 196.

¹¹⁶² Voir également Dürr, art. 1 p. 6 ; Walleser, p. 25 ; de Mestral, p. 89.

¹¹⁶³ Cf. Troller, t. I (éd. 1968) p. 238 ; Offermann, p. 124 ; Steffen, p. 14 ; Wüst, p. 15 ; Gass, p. 65.

L'une et l'autre définitions attribuent au concept d'invention un sens extrêmement précis, qui permet de se passer en fait de l'exigence de la faculté d'utilisation industrielle. Ainsi, le caractère technique de l'invention brevetable ne dériverait pas, selon la doctrine et la jurisprudence dominante, de la notion d'industrie, mais de celle d'invention.

Cette conception, confirmée par le Tribunal fédéral ¹¹⁶⁴, contredit le vœu du législateur, qui a toujours fondé l'exclusion des systèmes non techniques sur le défaut de caractère industriel ¹¹⁶⁵. Ainsi le Conseil fédéral précise-t-il dans son message du 25 avril 1950 ¹¹⁶⁶ que, dans l'art. 1^{er}, « l'expression « susceptible d'exploitation industrielle » a été remplacée par celle de « utilisable industriellement » afin de mieux faire ressortir que la valeur économique de l'invention est en soi indifférente ». La position du législateur a été réaffirmée en 1952 par T. Perrin, rapporteur au Conseil national, sans rencontrer de contradiction ¹¹⁶⁷; dans la liste des caractères de l'invention brevetable, le député citait : « Tout d'abord, l'applicabilité à l'industrie, ce qui exclut, par exemple, les procédés commerciaux (formules publicitaires, systèmes de ventes) ainsi que les nouvelles lois scientifiques, dont la découverte ne peut être assimilée à une invention, laquelle crée quelque chose, fait surgir du monde une chose qui n'avait jamais existé jusqu'alors, tandis que lorsque l'on découvre une loi, on constate que cette loi a existé de tout temps mais qu'elle était inconnue. Celui qui découvre cette loi ne crée rien, il constate une chose qui existait; il s'agit là du domaine de la science et cela ne fait pas l'objet de notre loi industrielle. »

Le caractère industriel s'oppose donc à la fois aux méthodes commerciales et aux principes scientifiques; partant, l'inclusion par le Tribunal fédéral des méthodes commerciales dans les systèmes présentant un caractère industriel ¹¹⁶⁸ ne se justifie pas; elle est d'autant plus mal fondée que, si elle est admise, le contrôle du Bureau fédéral de la propriété intellectuelle, exclusivement limité au caractère industriel de l'invention aux termes de l'art. 59 al. 1 LBI, ne saurait s'étendre sans arbitraire au caractère technique: le Tribunal fédéral distingue en effet nettement la technique de l'industrie, celle-ci n'englobant pas nécessairement celle-là ¹¹⁶⁹; or, notre Haute Cour admet que le Bureau fédéral examine la technicité de l'invention. Dans l'optique du Tribunal fédéral, qui sépare technique et industrie, un tel examen ne repose sur aucune base légale ¹¹⁷⁰. En revanche, si l'on s'en tient à l'interprétation du législateur, qui considère la technicité comme contenue dans la notion d'industrie, le problème ne se pose plus: il devient évident que, comme l'admet le Tribunal fédéral ¹¹⁷¹, le Bureau fédéral peut contrôler le caractère technique de l'invention. Notons que, dans plusieurs arrêts, le Tribunal fédéral assimile la technicité à l'industrie, contrairement à la doctrine: ainsi, la possibilité de fonctionner, que Blum/Pedrazzini ¹¹⁷² rangent dans la notion de technique, est rattachée par la jurisprudence fédérale à celle d'industrie ¹¹⁷³; il en va de même de la possibilité de

¹¹⁶⁴ ATF 72 I 368 (JT 1947 I 246).

¹¹⁶⁵ Cf. n. 112.

¹¹⁶⁶ Message du CF du 25 avr. 1950, FF 1950 I p. 958.

¹¹⁶⁷ Bull. stén. CN 1952 p. 247.

¹¹⁶⁸ ATF 72 I 368 (JT 1947 I 246).

¹¹⁶⁹ *Ibid.*; cf. *supra*, p. 28.

¹¹⁷⁰ Blum/Pedrazzini, art. 59 rem. 3 t. III p. 352; Troller, t. I (éd. 1968) p. 239; Dürr, art. 59; Etienne, p. 158; de Mestral, p. 50; Meisser, p. 64.

¹¹⁷¹ ATF 72 I 368 (JT 1947 I 246).

¹¹⁷² Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 26 t. I p. 135.

¹¹⁷³ ATF 31 II 157, 86 I 79 (mouvement perpétuel), 91 I 152 (bracelet ou collier de protection contre les radiations cosmiques).

reproduction de l'invention (Wiederholbarkeit) ¹¹⁷⁴. D'autres arrêts, plus anciens, sont encore plus nets ¹¹⁷⁵.

En définitive, il serait conforme à l'intention du législateur et à la logique d'admettre que l'industrie selon le droit des brevets doit s'entendre au sens étroit, et qu'elle équivaut à la technique. Pratiquement, sinon théoriquement, le Tribunal fédéral n'est pas éloigné de cette position.

Il convient d'observer que, si l'exigence du caractère industriel interdit la protection de méthodes sans effet technique, elle exclut également la découverte scientifique dépourvue d'applications pratiques, comme le souligne le législateur ¹¹⁷⁶. C'est une preuve de plus de l'équivalence existant entre technique et industrie au sens de la loi; comme la méthode commerciale, la découverte ne procure pas d'effet technique déterminé.

c) *Droit français*

aa) *Loi du 5 juillet 1884*: La condition de caractère industriel reposait en France, sous le régime de la loi de 1844, sur l'adjectif « industriel » utilisé dans l'art. 2, qui exige des différentes formes de l'invention brevetable qu'elles constituent un « produit industriel » ou aboutissent à un « résultat industriel ». « Cette notion est toute simple... » ¹¹⁷⁷; aussi la doctrine française est-elle beaucoup moins abondante que la littérature suisse à ce sujet. Cela ne signifie pas nécessairement qu'elle soit moins claire.

« Lorsque la loi exige un résultat industriel, elle entend un effet utile et tangible, palpable, se résumant soit dans la création d'un produit inconnu jusqu'alors, soit dans un moyen nouveau de fabrication, soit encore dans un emploi plus utile, dans une somme plus grande d'avantages tirés de produits ou de procédés connus » ¹¹⁷⁸. « Le résultat industriel est donc le résultat matériel se rattachant à un effort de fabrication. » ¹¹⁷⁹ « L'objet du contrat passé par l'inventeur avec la collectivité est une réalisation matérielle tangible, solution concrète d'un problème théorique. » ¹¹⁸⁰ Le caractère industriel de l'invention s'oppose donc aussi bien aux méthodes commerciales qu'aux principes et découvertes scientifiques dépourvus de résultat technique ¹¹⁸¹. Une invention non rentable peut présenter un caractère industriel ¹¹⁸².

L'industrie se confond donc avec la technique. Il faut que l'invention soit réalisable et qu'elle produise un effet technique. En pratique, il n'y a pas de différence sur ce point avec le droit suisse.

bb) *Loi du 2 janvier 1968*: La loi nouvelle (art. 7) ne se contente pas d'exiger le caractère industriel, elle en donne une définition : « Est considérée comme industrielle toute invention concourant dans son objet, son application et son résultat, tant par la main de l'homme que par la machine, à la production de biens ou de résultats techniques. »

L'assimilation de l'industrie à la technique est ici manifeste. En fait, si cette définition délimite plus exactement le contour du caractère industriel que l'ancienne

¹¹⁷⁴ Cf. Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 26 t. I p. 135 ; ATF 79 I 77 ss.

¹¹⁷⁵ Cf. *supra*, p. 127 particulièrement n. 999 à 1003.

¹¹⁷⁶ Cf. *supra*, p. 145-146 et 28.

¹¹⁷⁷ Roubier, t. II p. 86.

¹¹⁷⁸ Pouillet, n° 13 ; cf. également Mathély/Plaisant, fasc. IV coté 5 1958 n° 15.

¹¹⁷⁹ Roubier, t. II p. 87 ; même définition : Valancogne, t. I n° 310 p. 154 ; cf. également Mathély/Plaisant, fasc. IV coté 5 1958 n° 16.

¹¹⁸⁰ Casalonga, Traité de la Brevetabilité, n° 142.

¹¹⁸¹ Casalonga, *ibid.* ; Pouillet, n° 9 ; Roubier, t. II p. 86 ss ; Mathély/Plaisant, fasc. IV coté 5 1958 n° 21 ss ; Valancogne, t. I n° 314 p. 156 et 319 ss p. 159 ss et arrêts cités.

¹¹⁸² Valancogne, *ibid.*

loi, elle n'en modifie pas le contenu¹¹⁸³ : elle correspond exactement à celle du Doyen Roubier¹¹⁸⁴, tout en utilisant une terminologie différente. Aussi Le Tarnec estime-t-il la nouvelle disposition inutile¹¹⁸⁵.

On peut se demander si l'exigence du caractère industriel appliquée cumulativement à l'objet, à l'application et au résultat de l'invention, ne conduit pas à une interprétation restrictive, en ce sens que ne pourrait être protégée une invention dont seul, par exemple, le résultat serait industriel, mais non l'objet ni l'application. Une telle restriction n'est pas admise par la doctrine, qui voit une simple inadvertance dans l'emploi du vocable « et » au lieu de « ou » dans le texte légal¹¹⁸⁶. Elle serait d'ailleurs contraire à la Convention d'Union et à la Convention de Strasbourg selon Mathély/Plaisant¹¹⁸⁷, et par conséquent à l'intention du législateur, qui visait à conformer le nouveau droit français à ces Conventions¹¹⁸⁸.

La première définition du caractère industriel proposée par M. Herzog était libellée comme suit (art. 10 de la proposition de loi)¹¹⁸⁹ : « Une invention est considérée comme susceptible d'application industrielle si son objet peut être produit ou utilisé dans tous genres d'industries, y compris l'agriculture. » Renvoyé à la Commission de la production et des échanges, le projet de loi a subi une modification rédactionnelle sur ce point ; le nouvel article 10¹¹⁹⁰ présente alors le texte suivant : « Est considérée comme industrielle toute invention présentant ce caractère dans son objet, dans son application et dans son résultat. » Dans le commentaire accompagnant ce texte nouveau, M. Herzog, rapporteur au nom de la Commission, souligne que cette rédaction est conforme à la Convention de Strasbourg¹¹⁹¹. L'accumulation de trois exigences ne restreint pas le sens attribué habituellement au caractère industriel ; le rapporteur se fonde sur la jurisprudence existante¹¹⁹² : « Il est admis par la jurisprudence qu'une invention n'est valablement brevetée que si elle présente un caractère industriel à la fois dans son objet, dans son application et dans son résultat. Autrement dit, si l'invention porte sur la forme nouvelle d'une pièce de machine, par exemple, il faut que celle-ci ait le caractère industriel non seulement quant à son objet et à son application (et cela est certain dès lors qu'elle peut être produite et utilisée), mais en outre, que cette forme nouvelle produise un résultat industriel. » Par la suite, le Sénat a adopté une rédaction différente proposée par la Commission de législation, et qui allait devenir le texte définitif¹¹⁹³ de l'actuel art. 7. Selon le rapporteur de la Commission, M. Marcilhacy, il s'agissait avant tout d'introduire une définition de l'industrie, analogue à celle du Doyen Roubier, qui faisait défaut dans le texte proposé¹¹⁹⁴. L'exigence de la présence du caractère industriel à la fois dans l'objet, l'application et le résultat de l'invention n'a pas été discutée.

Il convient donc de se référer à la définition de ces trois termes qu'a donnée la Commission de la production et des échanges¹¹⁹⁵ : l'objet de l'invention est

¹¹⁸³ Le Tarnec, *Gaz. Pal.* 1 *Doctrine* 1969 p. 47 n° 9 ; Weinstein, p. 11 ; Mathély/Plaisant, fasc. III à XXXVIII cotés 5 1969 n° 18 ss.

¹¹⁸⁴ Roubier, t. II p. 87 ; cf. *supra*, p. 147.

¹¹⁸⁵ Le Tarnec, *Gaz. Pal.* 1 *Doctrine* 1969 p. 48 n° 9.

¹¹⁸⁶ Mathély/Plaisant, fasc. III à XXXVIII cotés 5 1969 n° 20 ; Magnin, Ingénieur-Conseil 1968 p. 3, cité par les précédents.

¹¹⁸⁷ Mathély/Plaisant, *ibid.*

¹¹⁸⁸ Herzog, *JO Ass. Nat.* 1967 doc. annexe n° 244 p. 1593.

¹¹⁸⁹ Herzog, *op. cit.*, p. 1594.

¹¹⁹⁰ *JO Ass. Nat.* 1967 doc. annexe n° 320 p. 1700.

¹¹⁹¹ *Ibid.*

¹¹⁹² *Ibid.*

¹¹⁹³ *JO Débats Sénat* 1967-1968 p. 1995 ss.

¹¹⁹⁴ *Ibid.*

¹¹⁹⁵ Cf. n. 1190.

industriel dès que celle-ci peut être produite; l'application est industrielle quand l'invention peut être utilisée; enfin, l'invention doit produire un résultat industriel.

Etant donné les explications fournies par M. Herzog ¹¹⁹⁶, il nous paraît difficile d'admettre que les trois conditions cumulatives en question soient le fruit d'une inadvertance, comme le disent MM. Mathély/Plaisant ¹¹⁹⁷. Il est toutefois probable que ces auteurs ont donné un sens différent aux trois termes d'objet, d'application et de résultat, qui sont assez vagues. Si l'on se fonde sur le sens de ces expressions tel que l'a entendu la Commission de la production et des échanges, il nous semble malaisé d'imaginer la création d'un monopole sur une invention qui, par exemple, pourrait être utilisée et fournir un résultat industriel, mais qu'il serait impossible d'obtenir. De même, l'impossibilité d'utilisation ou l'absence de résultat technique nous paraît interdire la protection.

Quoi qu'il en soit, il est certain, au vu des commentaires de M. Herzog, que le législateur n'avait pas l'intention de modifier la notion d'industrie admise jusqu'alors; la référence à la Convention de Strasbourg et à la jurisprudence antérieure interdit toute autre interprétation.

2. *Le caractère industriel et la Convention de Strasbourg*: L'art. 3 de la Convention de Strasbourg sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention déclare qu'« une invention est considérée comme susceptible d'application industrielle si son objet peut être produit ou utilisé dans tout genre d'industrie, y compris l'agriculture ». Cette définition correspond-elle à l'« utilisation industrielle », du droit suisse, et au caractère industriel du droit français ?

Les termes de la Convention paraissent équivalents à ceux des lois nationales. On a vu ¹¹⁹⁸ que la première rédaction de la nouvelle loi française reproduisait mot pour mot l'art. 3 de la Convention de Strasbourg. Les modifications intervenues par la suite n'ont eu pour but que de préciser le sens du terme industrie ¹¹⁹⁹; mais il s'agissait également de se conformer à la Convention ¹²⁰⁰. Etant donné que le législateur n'a pas modifié le contenu traditionnel du terme « industrie », et que d'autre part la disposition nouvelle, qui se réfère à cette conception ancienne, est conforme à la Convention, on peut en déduire que celle-ci ne présente aucune différence par rapport aux deux lois françaises. Il est vrai que, en vertu de l'art. 7 ch. 4 introduit par la loi du 11 juin 1970, les obtentions végétales bénéficiant de la protection de cette loi ne sont pas considérées comme industrielles. En fait, c'est à tort que cette exclusion est libellée comme une partie intégrante de la définition du caractère industriel : tant que la loi du 11 juin 1970 relative à la protection des obtentions végétales ne sera pas entrée en vigueur, les inventions susceptibles d'être soumises à ce nouveau régime pourront être protégées par un brevet, en attendant de l'être par un « certificat d'obtention végétale ». La protection des variétés végétales n'est donc exclue que dans la mesure où elle est assurée par ailleurs.

La question est apparemment plus délicate en droit suisse. L'art. 3 de la Convention exige en effet des Etats contractants qu'ils protègent les inventions utilisables dans l'agriculture. Or, un arrêt fameux du Tribunal fédéral ¹²⁰¹ refuse la protection à une variété de fleurs. Il convient toutefois d'observer que le brevet

¹¹⁹⁶ *Ibid.*

¹¹⁹⁷ Cf. n. 1186.

¹¹⁹⁸ Cf. *supra*, p. 148.

¹¹⁹⁹ *Ibid.*

¹²⁰⁰ *Ibid.*

¹²⁰¹ ATF 79 I 77; voir Matthey, *passim*.

portant sur des variétés de végétaux et incluant des processus physiologiques n'est nullement exclu en principe ¹²⁰². La protection n'a été refusée en l'espèce qu'en raison de l'impossibilité de recréer à coup sûr la variété nouvelle au vu des indications données par le breveté. L'exclusion de principe des inventions de végétaux n'étant pas impliquée dans la loi suisse, celle-ci nous paraît conforme à l'art. 3 de la Convention de Strasbourg. En outre, étant donné la similitude existant entre l'industrie au sens de la loi française, qui correspond elle-même à la définition de la Convention, et l'acception suisse du terme, le droit suisse ne nous semble pas devoir subir une adaptation sur ce point. De toute manière, l'art. 2 de la Convention permet aux Etats contractants d'exclure les inventions biologiques (à l'exception des créations microbiologiques ¹²⁰³).

3. L'effet technique

a) *Droit suisse*: La technicité de l'invention est unanimement reconnue par la jurisprudence et la doctrine suisses comme une condition de la brevetabilité ¹²⁰⁴; pour les raisons indiquées plus haut ¹²⁰⁵, nous rattachons ce réquisit à celui de la possibilité d'utilisation industrielle, et non à la définition de l'invention. Selon le Tribunal fédéral ¹²⁰⁶, « la technique embrasse l'ensemble des moyens et procédés servant à la fabrication de produits industriels ou d'art appliqué. Elle a certes pour objet la combinaison de substances et de forces naturelles en vue de la production d'un effet physique ou chimique donné » ¹²⁰⁷. L'effet technique doit être directement applicable et matériel ¹²⁰⁸: « Il suffit que l'utilisation mentionnée dans le brevet soit réalisable par les moyens indiqués par le revendiquant et que ces moyens appartiennent au domaine de l'industrie » ¹²⁰⁹. Il faut qu'il s'agisse d'un rapport naturel de cause à effet ¹²¹⁰; les méthodes abstraites s'adressant à l'esprit humain et les principes théoriques qui ne constituent pas des combinaisons de forces ou de substances naturelles ne relèvent donc pas de la technique ¹²¹¹. Etant donné que l'invention doit produire un effet technique résultant d'un rapport naturel de cause à effet, l'invention doit pouvoir être reproduite à volonté sur la base des indications contenues dans le brevet ¹²¹². La possibilité de reproduction implique celle d'exécuter l'invention; mais cette exécution doit en outre découler des moyens indiqués sans qu'un homme du métier soit contraint de faire œuvre

¹²⁰² ATF 79 I 80; message du CF du 25 avr. 1950, FF 1950 I p. 955.

¹²⁰³ Celles-ci sont brevetables en Suisse: cf. ATF 94 II 504 ss; RSPI 1970 p. 71.

¹²⁰⁴ Cf. *supra*, VI Le progrès technique, et citations. Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 8 ss t. I p. 77 ss; Troller, t. I (éd. 1968) p. 175 ss.

¹²⁰⁵ Cf. *supra*, p. 28 et 146.

¹²⁰⁶ ATF 74 II 133.

¹²⁰⁷ Le Tribunal fédéral ajoute: « Mais le résultat obtenu ne pourra constituer une invention — les autres conditions étant d'ailleurs réunies — que s'il est susceptible d'exploitation industrielle (art. 1^{er} LBI), c'est-à-dire s'il peut raisonnablement être utilisé dans l'industrie dont il s'agit. Pour en juger, il faut considérer les conditions propres à chaque branche. A cet égard, tout comme le facteur commercial, le facteur esthétique ne peut souvent pas être négligé. » Ainsi, dans certaines branches où ce facteur est important (bijouterie, horlogerie, meubles, tapis, couture, etc.), certaines solutions techniques heureuses pourraient être écartées de la protection. On l'a vu, ce raisonnement s'oppose à un principe unanimement admis par la doctrine et la jurisprudence: les chances commerciales de l'invention sont indifférentes quant à sa brevetabilité (cf. *supra*, p. 126-127 et n. 995). Aussi le Tribunal fédéral ne l'a-t-il jamais renouvé.

¹²⁰⁸ Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 8 t. I p. 77.

¹²⁰⁹ ATF 56 I 306 (JT 1930 I 598).

¹²¹⁰ Walleser, p. 13; de Mestral, p. 102-103.

¹²¹¹ Perrin, Bull. stén. CN 1952, p. 247; Message du CF du 20 janv. 1888, FF 1888 I p. 189; cf. *supra*, p. 28 et 145 ss.

¹²¹² Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 15 t. I p. 99; ATF 72 I 369 (JT 1947 I 246); Troller, t. I (éd. 1968) p. 166; de Mestral, p. 31 et 95 ss.

d'inventeur ¹²¹³. On peut néanmoins exiger du technicien qu'il procède aux essais et adaptations qui font partie de son travail habituel ¹²¹⁴.

Il n'est pas nécessaire que l'inventeur décrive le moyen d'atteindre l'effet optimum que permet sa création ¹²¹⁵.

D'autre part, il est inutile que le breveté fournisse une explication scientifique exacte de l'effet produit : un brevet peut être valide, malgré une explication théorique erronée, pourvu que les moyens indiqués permettent à coup sûr d'obtenir l'effet visé ¹²¹⁶.

L'invention qui ne peut pas fonctionner, et qui par conséquent ne produit pas d'effet technique, n'est pas brevetable ¹²¹⁷ : il en est ainsi, par exemple, du mouvement perpétuel ¹²¹⁸, d'un bracelet destiné à capter les radiations cosmiques ¹²¹⁹, ou de la pierre philosophale ¹²²⁰.

b) *Droit français* : La définition du caractère industriel proposée par la doctrine et la jurisprudence françaises s'est toujours confondue avec celle de la technicité. Ainsi, devant la Chambre des Députés, Arago proposait de considérer comme industrielle toute invention impliquant une action sur la matière ou la nature. Evoquée devant le Sénat en 1967 par M. Marclhacy, cette définition apparut trop vague ¹²²¹ ; mais c'est uniquement en raison de cette apparente imprécision qu'elle a été écartée, et non parce qu'elle ne correspondait pas aux exigences de la loi. Elle est fort proche, dans son contenu, de la définition donnée par le Tribunal fédéral ¹²²² ; mais le libellé définitif de l'art. 7 de la loi du 2 janvier 1968, aux termes duquel est industrielle toute invention concourant « ... tant par la main de l'homme que par la machine, à la production de biens ou de résultats techniques » correspond exactement à « l'ensemble des moyens et procédés servant à la fabrication de produits industriels ou d'art appliqué » qui, selon le Tribunal fédéral ¹²²³, constitue la technique. Comme en droit suisse, l'invention doit entraîner un effet technique matériel et directement applicable ¹²²⁴ : « La loi, disait le rapporteur Dupin ¹²²⁵, est faite dans l'intérêt de l'industrie et non dans l'intérêt de la science. Son domaine est dans la région des faits, non dans celle des abstractions. Elle ne peut et ne doit s'appliquer qu'à un objet matériel, saisissable, transmissible, ou à un procédé applicable, déterminé, conduisant à un résultat industriel quelconque. »

L'effet technique est décrit ainsi par Barthélémy ¹²²⁶ : « ... lorsqu'on mettait de l'eau dans une chaudière destinée à produire de la vapeur, il s'incrustait à ses parois des matières blanchâtres qui détruisaient cette chaudière. Eh bien, on a trouvé le moyen, en y introduisant des pommes de terre, d'éviter l'incrustation dans le métal de ces résidus. Il n'y a pas là un produit industriel, mais il y a un résultat industriel, en ce sens que les chaudières ne sont plus minées par ces espèces de petites croûtes qui se formaient sur leurs parois. »

¹²¹³ Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 16 t. I p. 101 ss ; Troller, t. I (éd. 1968) p. 169 ; de Mestral, p. 97 ; ATF 39 II 347, 44 II 206, 79 I 82, 49 II 140 (JT 1923 I 389), 56 II 143 (JT 1930 I 426 ss).

¹²¹⁴ Cf. n. 1213.

¹²¹⁵ Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 17 d t. I p. 104.

¹²¹⁶ Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 15 t. I p. 100.

¹²¹⁷ ATF 35 II 157.

¹²¹⁸ ATF 86 I 79.

¹²¹⁹ ATF 91 I 152.

¹²²⁰ ATF 56 I 201 (JT 1930 I 596).

¹²²¹ JO Débats Sénat 1967-68 p. 1996.

¹²²² Cf. *supra*, p. 150 ; ATF 74 II 133.

¹²²³ ATF 74 II 133.

¹²²⁴ Roubier, t. II p. 87. Valancogne, t. I n^{os} 309 ss p. 154 ss.

¹²²⁵ Pouillet, n^o 9 ; Mathély/Plaisant, fasc. IV coté 5 1958 n^o 12.

¹²²⁶ Couhin, t. I p. 274.

Casalonga¹²²⁷ donne comme exemple d'effet technique l'invention du commandant Désaleux : celui-ci avait cherché à augmenter la portée de la balle du fusil Lebel, en diminuant les remous et tourbillons qui se formaient derrière elle au cours de sa trajectoire. Il avait donné une forme tronconique au culot, de manière à laisser les filets d'air se refermer derrière la balle. Si la balle n'avait pas porté plus loin, il n'y aurait pas eu d'effet technique et on se serait trouvé en présence d'une modification purement esthétique, et non brevetable.

L'effet technique est donc le résultat qui doit nécessairement se produire lorsque les conditions prévues par le brevet sont réunies¹²²⁸. Autrement dit, il doit s'agir d'un rapport de cause à effet reproductible à volonté. Tel n'est pas le cas du résultat commercial¹²²⁹, ni des méthodes abstraites et principes scientifiques¹²³⁰. L'invention étant dans la région des faits, le brevet doit décrire les moyens de réalisation de l'invention sans que le technicien moyen soit contraint de faire œuvre d'inventeur ; si ces moyens font défaut, l'invention reste dans le domaine du rêve et n'est pas industrielle¹²³¹. Il n'est toutefois pas nécessaire de décrire les moyens qui appartiennent au domaine public¹²³². L'absence ou l'inexactitude d'une explication scientifique n'invalide pas le brevet¹²³³ ; il est également inutile que les indications fournies par le brevet permettent d'atteindre le résultat optimum¹²³⁴.

L'effet technique doit donc répondre aux mêmes exigences en France qu'en Suisse.

4. *Le résultat commercial* : Tributaire de trop nombreux facteurs incertains, comme la mode ou la publicité, le succès commercial de l'invention n'entre pas en ligne de compte dans l'examen de la brevetabilité ; il est du reste extérieur à l'invention.

Si ce principe est établi sans contredit en droit français¹²³⁵, et accepté par les auteurs suisses unanimes et la jurisprudence dominante¹²³⁶, le Tribunal fédéral a toutefois considéré, dans un arrêt isolé¹²³⁷, que l'invention susceptible d'exploitation industrielle doit pouvoir raisonnablement être utilisée dans l'industrie : « A cet égard, tout comme le facteur commercial, le facteur esthétique ne peut souvent pas être négligé. » Dans les industries où l'harmonie des formes passe au premier plan, comme l'horlogerie ou la bijouterie, « l'obligation d'obtenir des produits esthétiquement acceptables est de nature à faire dénier d'emblée le caractère d'invention à certaines solutions pourtant heureuses du seul point de vue technique ».

On a vu¹²³⁸, cependant, que l'admission d'un tel critère suppose une appréciation absolument subjective, et qu'il se heurte à l'ensemble de la doctrine. Le Tribunal fédéral semble d'ailleurs l'avoir abandonné.

De toute manière, dans son message du 25 avril 1950¹²³⁹, le Conseil fédéral a écarté sans équivoque l'examen de la qualité commerciale de l'invention : « L'ex-

¹²²⁷ Casalonga, *Traité de la Brevetabilité*, n° 193.

¹²²⁸ Valancogne, t. I n° 311 p. 154.

¹²²⁹ Roubier, t. II p. 89 ; Valancogne, t. I n° 319 p. 159.

¹²³⁰ Valancogne, t. I n° 333 ss p. 163 ss ; Mathély/Plaisant, fasc. IV coté 5 1958 n° 21 ss ; Roubier, t. II p. 89 ss ; Pouillet, n° 9.

¹²³¹ Mathély/Plaisant, fasc. XV coté 5 1969 n° 43 ss et fasc. XV coté 11 1957 n° 58 ss ; Casalonga, t. I n° 238 ; Roubier, t. II p. 224 ; Valancogne, t. I n° 238 ss p. 118 ss.

¹²³² Valancogne, t. I n° 235 p. 116.

¹²³³ Valancogne, t. I n° 234 p. 115.

¹²³⁴ Valancogne, t. I n° 251 p. 127.

¹²³⁵ Cf. n. 1181-1182.

¹²³⁶ Cf. n. 1204 et 995 ; ATF 63 II 280.

¹²³⁷ ATF 74 II 133-134.

¹²³⁸ Cf. *supra*, p. 126-127 et n. 1207.

¹²³⁹ Message du CF du 25 avr. 1950, FF 1950 I p. 958.

pression « susceptible d'exploitation industrielle » a été remplacée par celle de « utilisable industriellement » afin de mieux faire ressortir que la valeur économique de l'invention est en soi indifférente.»

5. Les inventions de principes théoriques et méthodes abstraites

a) *Droit suisse*: Les connaissances purement scientifiques comme les lois de la physique ou de la chimie, constituent une première forme de principe théorique. La découverte, qui est la connaissance nouvelle d'un principe existant, entre dans cette catégorie ¹²⁴⁰. Il est vrai que l'utilisation d'une propriété nouvelle d'un produit connu peut être protégée. Cependant, en pareil cas, la protection ne porte pas sur la découverte de la propriété nouvelle, mais sur son utilisation ¹²⁴¹.

De même, les méthodes ou systèmes abstraits, qui ne s'adressent qu'à l'esprit, ne peuvent valablement être brevetés ¹²⁴² : ce sont des règles de conduite sans influence sur la matière, dont l'application n'entraîne pas nécessairement un effet technique. C'est le cas par exemple des méthodes d'enseignement ¹²⁴³, de finances ¹²⁴⁴, de publicité ¹²⁴⁵, de comptabilité ¹²⁴⁶, et, surtout, des programmes d'ordinateurs, pour lesquels seule une protection relevant du droit d'auteur ou de la concurrence déloyale peut être envisagée ¹²⁴⁷.

Un brevet couvrant un principe sans indiquer les moyens pratiques de réalisation est nul ¹²⁴⁸.

b) *Droit français*: L'art. 31 ch. 3 de la loi du 5 juillet 1844 prévoit expressément la nullité « si les brevets portent sur des principes, méthodes, systèmes, découvertes et conceptions théoriques ou purement scientifiques, dont on n'a pas indiqué les applications industrielles ». L'art. 7 al. 2 de la loi du 2 janvier 1968 prévoit que « ne constituent pas, en particulier, des inventions industrielles :

- 1° les principes, découvertes et conceptions théoriques ou purement scientifiques;
- 2° les créations de caractère exclusivement ornemental;
- 3° les méthodes financières ou comptables, les règles de jeux et tous autres systèmes de caractère abstrait, et notamment les programmes ou séries d'instructions pour le déroulement des opérations d'une machine calculatrice;
- 4° les obtentions végétales d'un genre ou d'une espèce bénéficiant du régime de protection institué par la loi n° 70-489 du 11 juin 1970 relative à la protection des obtentions végétales ».

En vertu de ces principes, il a été jugé que n'étaient pas brevetables, par exemple ¹²⁴⁹, une méthode de contrôle de l'identité des personnes au moyen d'une photographie et d'un timbre ¹²⁵⁰, un mode de comptabilité ¹²⁵¹, l'emploi sur la voie publique de placards représentant le plan des quartiers ¹²⁵², une méthode de

¹²⁴⁰ Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 8 c t. I p. 80; ATF 76 I 380 (JT 1951 I 151); T. Perrin, Bull. stén. CN 1952 p. 247; message du CF du 20 janv. 1888, FF 1888 I p. 189.

¹²⁴¹ Blum/Pedrazzini, *ibid.*; Ronga, RSPI 1968 p. 31; de Mestral, p. 123; Walleser, p. 132.

¹²⁴² Message du CF du 20 janv. 1888, FF 1888 I p. 189; T. Perrin, Bull. stén. CN 1952 p. 247.

¹²⁴³ Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 8 t. I p. 78.

¹²⁴⁴ Cf. n. 1242; ATF 48 II 274.

¹²⁴⁵ *Id.*; cf. également BlZR 1908 p. 18 (Ann. jur. XV 1908 n° 73 p. 30).

¹²⁴⁶ ATF 72 I 368 (JT 1947 I 246); cf. aussi n. 1242.

¹²⁴⁷ Cf. Sidler, *passim.*; PMMBI 1968 I p. 53, RSPI 1969 p. 34; ATF 95 I 579, PMMBI 1970 p. 16, RSPI 1970 p. 212 ss.

¹²⁴⁸ Cf. *supra*, p. 150 et 40; n. 1213.

¹²⁴⁹ Cf. Mathély/Plaisant, fasc. IV coté 5 1958 n° 26; Valancogne, t. I n° 334 p. 163 et arrêts cités.

¹²⁵⁰ Paris 15 fév. 1870, Ann. 1870 p. 120.

¹²⁵¹ Paris 2 août 1870, Dalloz 1871 2 p. 16.

¹²⁵² Paris 14 mai 1880, Ann. 1880 p. 282.

gymnastique¹²⁵³, une méthode de calcul et une formule pour calculer les dimensions optimums des tubes de radiateurs¹²⁵⁴, l'idée de remettre une prime lors d'une vente¹²⁵⁵.

L'exclusion des programmes d'ordinateurs a donné lieu à d'abondantes discussions. En effet, l'apparition des ordinateurs donne à ces méthodes de calcul une apparence technique¹²⁵⁶. « Or, le programme est une série d'instructions pour le déroulement des opérations d'une machine calculatrice. On peut schématiquement considérer les machines à calculer numériques comme une version mécanisée d'un bureau de calculs »¹²⁵⁷. Comme dans un bureau de calculs, un spécialiste de l'analyse numérique doit décomposer le problème posé en une suite d'opérations mathématiques simples, ces opérations étant effectuées par des « calculateurs consciencieux mais strictement inintelligents »¹²⁵⁸ disposant d'une machine à calculer; il ne suffit pas de remplacer les calculateurs par une machine pour justifier la brevetabilité : le programme demeure la formulation mathématique ou logique d'un problème à résoudre, c'est-à-dire une méthode intellectuelle et abstraite, sans effet technique¹²⁵⁹.

Quant à l'exclusion frappant les obtentions végétales, elle a été introduite par la loi du 11 juin 1970 et n'existait pas jusqu'alors; en principe, les brevets accordés avant l'entrée en vigueur de cette disposition et portant sur de telles obtentions végétales demeurant donc valables.

6. *Le brevet de principe et les équivalents*: Il est constant en France que le brevet dit « de principe » est nul¹²⁶⁰. Par exemple¹²⁶¹, n'est pas brevetable l'idée de combiner un instrument de pesage et l'instrument de l'indication de pesée de façon que le fonctionnement de l'appareil soit subordonné à la réception d'une pièce de monnaie¹²⁶², l'idée de rendre un chapeau susceptible de s'ouvrir et de se fermer¹²⁶³, l'idée de graisser les fusées d'essieux par égouttement¹²⁶⁴, ou encore l'idée de préserver des explosions ou émanations de gaz¹²⁶⁵.

Il convient toutefois de relever que, strictement observée, cette interdiction du brevet de principe conduirait à une impasse. En effet, tout brevet porte sur un principe. Ainsi, le brevet pris pour des briques évidées, en porcelaine ou matière similaire, se distinguant par leur forme en boîte à parois continues complètement creuses¹²⁶⁶, interdit aux tiers non seulement l'exécution de l'invention au moyen

¹²⁵³ Paris 4 mai 1911, Ann. 1912 p. 10.

¹²⁵⁴ Paris 21 janv. 1933, Ann. 1933 p. 207.

¹²⁵⁵ Mon. jud. Lyon 27 avr. 1875, cité par Valancogne, t. I n° 334 p. 163 n. 42.

¹²⁵⁶ A. Armengaud, Avis présenté au Sénat au nom de la Commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation, JO Sénat 1967-68 doc. annexe n° 46 p. 24.

¹²⁵⁷ A. Armengaud, *op. cit.*, p. 26.

¹²⁵⁸ P. Naslin, Principes des calculations numériques automatiques, cité par A. Armengaud, *ibid.*

¹²⁵⁹ Cf. A. Armengaud, *ibid.* Concernant les programmes d'ordinateurs, cf. également : Mathély/Plaisant, fasc. III à XXXVIII cotés 5 1969 n° 27 ss; JO Ass. Nat. 1966-67 doc. annexe n° 320 p. 1698 et 1700; JO Débats Sénat 1967-68 p. 1996; JO Débats Ass. Nat. 1967-68 p. 5869; JO Débats Sénat 1967-68 p. 2435; P. Marcihacy, Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire, JO Sénat 1967-68 doc. annexe n° 103 p. 11; JO Débats Ass. Nat. 1967-68 doc. annexe n° 568 p. 881.

¹²⁶⁰ Roubier, t. II p. 69 et 86; Pouillet, n° 9; Mathély/Plaisant, fasc. IV coté 5 1958 n° 25 ss; Valancogne, t. I n° 28 p. 17.

¹²⁶¹ Voir exemples cités par Mathély/Plaisant, *ead. loc.*, et par Valancogne, *ead. loc.* et n° 169 ss p. 85 ss.

¹²⁶² Cass. crim. 14 avr. 1899, Ann. 1899 p. 244.

¹²⁶³ Cass. req. 28 mars 1846, Dalloz 1846 4 p. 46.

¹²⁶⁴ Trib. civ. Seine 25 avr. 1942, Ann. 1940-48 p. 58.

¹²⁶⁵ Cass. req. 18 mai 1848, Dalloz 1848 5 p. 35.

¹²⁶⁶ Cass. 16 janv. et Amiens 14 déc. 1899, Ann. 1901 p. 3 et 56, cité par Mathély/Plaisant, fasc. IV coté 5 1958 n° 14.

de porcelaine, mais avec toutes autres matières analogues; en outre, même si la protection se limitait à l'exécution en porcelaine, elle empêcherait toute exploitation de cette idée, même avec une porcelaine de composition différente de celle prévue par le breveté; il en va de même pour tout autre brevet : toute invention consiste dans un enchaînement de causes et d'effets réunis en vue d'un effet final d'ensemble ; mais il est toujours possible d'inventer des causes originales pour les effets isolés déjà connus en eux-mêmes : le brevet porte sur un principe général, il définit les grands traits indispensables de la combinaison et les moyens de la réaliser, mais ces moyens peuvent changer à l'intérieur de chaque relation de cause à effet sans que leur fonction, et, partant, la combinaison, soient modifiées (par exemple, composition de la porcelaine, épaisseur des parois, etc.)¹²⁶⁷.

Dans les exemples de jurisprudence cités ci-dessus, la brevetabilité a été refusée à des principes déjà connus¹²⁶⁸, et qui, par conséquent, constituaient des résultats que chacun pouvait essayer d'atteindre.

Mais il en va différemment dans le cas où le résultat cherché est lui-même nouveau. Dans une controverse qui l'opposait à Picard¹²⁶⁹, D. Casalonga¹²⁷⁰ a donné un exemple demeuré fameux¹²⁷¹ : supposons un inventeur du XIX^e siècle placé devant le problème de trouver un moyen de faire tomber un obus sur sa pointe, de manière que le choc actionne la fusée. Le résultat cherché, le principe connu, c'est de faire tomber l'obus sur sa pointe. L'inventeur trouve un moyen : il faut que l'obus tourne sur son axe longitudinal, lequel restera ainsi parallèle à la direction de la trajectoire. Mais comment réaliser la rotation de l'obus ? C'est un deuxième problème à l'intérieur du premier. L'inventeur le résout par un système de câble enroulé. Il y a donc un problème principal, un résultat connu à atteindre : la chute de l'obus sur sa pointe. Ce résultat est obtenu par la rotation de l'obus, qui est elle-même un résultat, atteint grâce au système du câble. Le moyen consistant à faire tourner l'obus est brevetable en lui-même : il s'agit en effet d'une idée mère inconnue¹²⁷². Le brevet devra indiquer un moyen de réaliser ce résultat : c'est le système du câble, lui-même brevetable. Un autre inventeur pourra trouver le canon rayé, destiné à assurer la rotation, mais la rotation étant couverte par le brevet, le second inventeur ne pourra exploiter son invention sans l'accord du premier : le principe même de la rotation de l'obus est protégé.

Cette théorie, dite des équivalents, est généralement admise¹²⁷³ concernant la portée du brevet. Elle permet de protéger l'idée mère de l'invention, si celle-ci est nouvelle¹²⁷⁴. Néanmoins, Valancogne¹²⁷⁵ estime que « l'idée mère n'est pas brevetable en elle-même », mais que « le brevet couvre non seulement les moyens de réalisation de l'idée mère, mais encore les moyens équivalents »¹²⁷⁶, lorsque l'idée mère est inconnue. Cette position nous paraît contradictoire : si le brevet couvre l'idée mère non seulement dans l'exécution indiquée par le breveté, mais également dans toutes les autres exécutions possibles, il semble que c'est bien l'idée mère qui est brevetée; mais sans doute Valancogne utilise-t-il le terme

¹²⁶⁷ Cf. *supra*, p. 41; n. 207.

¹²⁶⁸ Cf. Valancogne, t. I n^o 169 ss p. 85 ss.

¹²⁶⁹ A. Picard, Ann. 1936 p. 89.

¹²⁷⁰ D. Casalonga, Ann. 1936 p. 4.

¹²⁷¹ Cf. Fernand-Jacq, PI 1948 p. 31 ss; Roubier, t. II p. 83 n. 1.

¹²⁷² Cf. Valancogne, t. I n^o 158 ss p. 80 ss.

¹²⁷³ Cf. *supra*, p. 40, 41, 122, 142-143.

¹²⁷⁴ Valancogne, t. I n^o 160 ss; Fernand-Jacq, PI 1948 p. 31 ss; Casalonga, t. I p. 62 ss et

t. II p. 38 ss.

¹²⁷⁵ Valancogne, t. I n^o 28 ss p. 17 ss.

¹²⁷⁶ Valancogne, t. I n^o 158 p. 80.

« brevetable » dans un sens particulier et restreint : ce qui est « protégé » n'est pas nécessairement « breveté » ¹²⁷⁷.

Un problème se pose en droit français. L'art. 30 ch. 3 de la loi du 5 juillet 1844 déclare nuls les brevets portant sur « des principes, méthodes, systèmes, découvertes et conceptions théoriques ou purement scientifiques, dont on n'a pas indiqué les applications industrielles ».

La tentation est grande d'en déduire, *a contrario*, que les principes scientifiques et théoriques sont brevetables en eux-mêmes, pourvu qu'on en indique une application. La tentation est d'autant plus forte que le dernier membre de la phrase a été ajouté après qu'Arago eut plaidé en faveur des savants ¹²⁷⁸. Aussi Blanc ¹²⁷⁹ défend-il cette opinion. Il se heurte cependant à la doctrine dominante ¹²⁸⁰.

D'une part, il est donc certain que le brevet ne peut pas couvrir une loi purement scientifique; mais, d'autre part, l'idée mère peut être protégée. Cette idée mère doit donc constituer un principe technique, une « recette » déterminée. Elle peut être générale, mais non théorique et purement scientifique. « Le brevet de principe doit s'entendre en ce sens qu'en plus du mode constructif expressément décrit comme application industrielle d'un procédé plus général, d'une méthode nouvelle quant à son application, sont protégées toutes les réalisations équivalentes, c'est-à-dire employant les mêmes moyens techniques, envisagées non pas comme agents ou organes purement matériels mais comme fonctions et aboutissant comme telles à des résultats identiques ou analogues. Mais il ne paraît pas possible d'aller plus loin. » ¹²⁸¹

La question est résolue de même manière en droit suisse ¹²⁸². Rappelons que la loi suisse protège l'invention brevetée non seulement contre les contrefaçons, mais contre les imitations : « L'art. 66 al. 1 a LBI déclare passible de poursuites civiles, notamment, celui qui utilise illicitement l'invention brevetée; l'imitation est considérée comme une utilisation. La loi garantit de la sorte l'invention brevetée non seulement contre les contrefaçons, mais aussi contre les imitations. La disposition citée protège l'inventeur dans toute la mesure où il a enrichi la technique et elle empêche les tiers d'utiliser l'invention sous une forme modifiée (cf. RO 64 II 392). Le juge ne doit pas s'en tenir aux termes mêmes de la revendication et se borner à examiner si la prétendue imitation contient chacun des éléments de la revendication : cela reviendrait à limiter son examen à la contrefaçon. Au contraire, il dégagera de la revendication les caractères essentiels de l'invention et recherchera s'ils ont été utilisés par celui à qui le demandeur impute une imitation (arrêt non publié du 18 mars 1958 en la cause Le Coultre et C^{ie} SA c. Ditisheim et C^{ie}, consid. IV). » ¹²⁸³

7. *La propriété scientifique*: La question du brevet de principe est liée à celle de la propriété scientifique. Depuis le XIX^e siècle, époque où a été instituée la protection de la propriété industrielle, la recherche scientifique a pris une importance croissante dans le développement de la technique. Il paraît donc juste d'accorder aux savants un droit sur les applications industrielles qu'on fait de leurs découvertes.

¹²⁷⁷ Cf. Valancogne, t. I n° 31 p. 18.

¹²⁷⁸ Cf. Couhin, t. I p. 324-334; Fernand-Jacq, PI 1948 p. 32.

¹²⁷⁹ Blanc, p. 459.

¹²⁸⁰ Cf. Fernand-Jacq, PI 1948 p. 31 ss.

¹²⁸¹ Fernand-Jacq, PI 1948 p. 35.

¹²⁸² Cf. *supra*, L'invention, solution d'un problème, p. 39 ss.

¹²⁸³ ATF 92 II 291-292; cf. aussi ATF 97 II 85 (JT 1971 I 611).

La question a été étudiée surtout entre les deux guerres. Aucune solution n'a été adoptée. Les difficultés sont nombreuses ¹²⁸⁴.

Un tel droit ferait en particulier peser de lourdes charges sur l'industrie d'un pays qui le garantirait : la propriété scientifique ne peut être instituée que sur la base d'accords internationaux.

8. *Les inventions dans le domaine de la nature vivante*

a) *Généralités*: En principe, ni le droit français ¹²⁸⁵ ni le droit suisse ¹²⁸⁶ n'excluent la brevetabilité de systèmes impliquant des processus biologiques.

b) *Nouveautés végétales*

aa) *Droit suisse*: L'obstacle majeur à la protection des inventions végétales consiste dans la difficulté de reproduire le procédé d'obtention, exigence à laquelle est soumise toute création brevetée. Il est fréquent en effet que le créateur d'une nouvelle espèce obtienne un résultat après des années d'efforts ¹²⁸⁷ et des essais innombrables, mais qu'il lui soit impossible de décrire avec exactitude un moyen certain de reproduire à volonté la plante obtenue, par le même processus. Le plus souvent, une fois créée, la plante peut cependant se reproduire elle-même, sans qu'il soit nécessaire de répéter le processus originaire. Cette faculté de reproduction à partir du produit lui-même suffit-elle à assurer sa brevetabilité, ou est-il indispensable que le procédé d'obtention du premier spécimen puisse être reproduit ?

Dans un arrêt fameux ¹²⁸⁸, le Tribunal fédéral a refusé la protection à une nouvelle espèce de roses, dite « Rouge Meilland-Happiness », parce que cette seconde condition n'était pas remplie : Meilland avait commencé par croiser deux sortes de roses à des milliers d'exemplaires pour obtenir 2400 plantes d'aspects différents, dont il avait sélectionné 118 spécimens, greffés par la suite sur un système racinaire ; parmi les 118 rosiers obtenus, il en avait retenu 24, qu'il avait également greffés ; finalement, un des sujets issus de ces 24 plants se distingua par sa vigueur et sa beauté. Il pouvait être reproduit par greffage ou bouturage. Le résultat final avait été obtenu huit ans après les premiers essais. Or, pour obtenir cette variété sans disposer déjà d'un exemplaire reproductible par greffage, il faudrait pratiquer l'opération première sur un nombre suffisant de fleurs pour permettre l'obtention simultanée de 269 millions de plantes : l'homme du métier n'était donc pas en mesure de répéter l'invention suivant le procédé indiqué dans la description ; partant, le procédé n'était pas susceptible d'exploitation industrielle. Il était indifférent que des exemplaires du nouveau rosier soient toujours, à l'avenir, à la disposition des gens du métier, et que ceux-ci puissent le reproduire à partir de ces exemplaires. L'invention ne portait pas, en effet, sur cette reproduction-là, mais sur la création du nouveau rosier, qui ne pouvait pas être reproduit.

Certains auteurs critiquent cette décision, estimant que la reproductibilité de

¹²⁸⁴ Concernant la protection des savants, voir notamment : G. Ronga, *Protection des Œuvres scientifiques et de leurs Résultats*, PI 1968 p. 25 ; H. Siegwart, *Der urheberrechtliche Schutz der wissenschaftlichen Werke*, thèse Berne 1954 ; Roubier, *La Propriété scientifique*, Paris 1929 ; P. Olgner, *Le Droit des Savants*, Paris 1937 ; Fernand-Jacq, *La Propriété scientifique en France*, PI 1949 p. 177 ; G. Netter, *Le Problème de la Propriété scientifique*, Nancy 1925 ; G. Gariel, *La Question de la Propriété scientifique*, Paris 1924 ; R. Weiss, *Le Droit du Savant sur l'Exploitation économique de sa Découverte*, Paris 1931 ; Munier, *Les Droits des Auteurs de Découvertes ou d'Inventions scientifiques*, Paris 1925 ; F. Poignon, *Le Droit d'Auteur scientifique*, Paris 1929 ; Vigneron, *Essai sur la Protection de la Propriété scientifique*, Paris 1925.

¹²⁸⁵ Mathély/Plaisant, fasc. V coté 5 1958 n° 13.

¹²⁸⁶ Cf. message du CF du 25 avr. 1950, FF 1950 I p. 955 ; ATF 79 I 77 ss ; RSPI 1970 p. 71.

¹²⁸⁷ Parfois dix ans ou plus : cf. F. Wuesthoff, PI 1956 p. 176 ss.

¹²⁸⁸ ATF 79 I 77 ss.

l'invention peut être assurée de n'importe quelle façon¹²⁸⁹. Ce n'est toutefois pas l'avis de la doctrine dominante : l'invention doit être révélée et pouvoir être répétée indépendamment de l'existence matérielle du produit¹²⁹⁰. Cette position nous paraît justifiée : l'invention n'est pas révélée tant que les moyens de l'obtenir ne sont pas indiqués dans le brevet ; la possibilité de reproduction de l'invention ne doit pas dépendre de l'existence d'un produit qui peut facilement disparaître et dont le procédé de fabrication demeure secret.

En l'état actuel du droit suisse, le brevet de végétaux est donc rarement valide¹²⁹¹. Rappelons cependant que la Suisse a signé la Convention de Paris du 2 décembre 1961 pour la protection des obtentions végétales et que le Conseil fédéral étudie actuellement, de concert avec les milieux intéressés, un projet de loi qui permettra sa ratification et garantira largement les droits des obtenteurs.

bb) *Droit français* : Le brevet de végétaux se heurte en France aux mêmes difficultés qu'en Suisse¹²⁹² : « Une relation de cause à effet doit, juridiquement, être dégagée du processus par lequel le sélectionneur obtient le nouveau végétal (ou l'animal). Autrement, il ne semble pas qu'un droit puisse lui être accordé »¹²⁹³. Certains arrêts ont toutefois admis la protection de variétés florales¹²⁹⁴.

Une protection limitée des nouveautés végétales avait cependant été instituée par le décret du 5 décembre 1922. Le Ministère de l'agriculture tenait un registre des plantes sélectionnées sur lequel étaient inscrites les déclarations des obtenteurs. Après plusieurs séries d'essais effectués par l'Institut des recherches agronomiques et destinés à vérifier les dires de l'inventeur, ce dernier se voyait décerner un certificat qui donnait droit à l'usage exclusif de la marque officielle. Les concurrents pouvaient toutefois reproduire la variété nouvelle, sous une autre marque¹²⁹⁵.

La loi n° 489 du 11 juin 1970¹²⁹⁶ relative à la protection des obtentions végétales a créé un titre nouveau, le « certificat d'obtention végétale », qui confère à son titulaire un droit d'exploitation exclusif de la variété nouvelle. Cette protection, analogue à celle du brevet, a été instituée afin d'adapter le droit français à la Convention du 2 décembre 1961 pour la protection des obtentions végétales et entrera en vigueur par secteurs¹²⁹⁷. L'art. 7 de la loi du 2 janvier 1968 a été augmenté d'un chiffre 4, aux termes duquel les inventions végétales qui peuvent être protégées par le certificat ne constituent pas des inventions industrielles. L'art. 16 ch. 7 prévoit le rejet de toute demande de brevet relative à une telle variété. Cette exclusion ne peut frapper que les espèces pour lesquelles le nouveau mode de protection est déjà entré en vigueur.

On peut se demander s'il était heureux d'exclure les obtentions végétales pour défaut de caractère industriel : en effet, on l'a vu, les variétés végétales pouvaient présenter un caractère industriel au sens de la loi sur les brevets ; ne risque-t-on pas de voir des juges refuser la brevetabilité à des espèces végétales brevetées avant l'entrée en vigueur de la loi du 11 juin 1970, en se fondant sur l'idée que la notion

¹²⁸⁹ Matthey, p. 60; Blum, p. 32.

¹²⁹⁰ Troller, t. I (éd. 1968) p. 167; de Mestral, p. 117.

¹²⁹¹ Cf. message du CF du 25 avr. 1950, FF 1950 I p. 930 ss.

¹²⁹² Mathély/Plaisant, fasc. V coté 5 1958 n° 13.

¹²⁹³ LeGrand, PI 1961 p. 35.

¹²⁹⁴ Trib. civ. Grasse, JCP 1963 II 13297; Aix-en-Provence, 27 janv. 1965, JCP 1965 II 14623, tous deux accompagnés d'une note de Henry-Delpech, cités par Mathély/Plaisant, fasc. XV fiche jaune cotée 5 1968 n° 13.

¹²⁹⁵ Voir à ce sujet Mathély/Plaisant, fasc. V coté 5 1958 n° 13.

¹²⁹⁶ JO 12 juin 1970.

¹²⁹⁷ Cf. Exposé des motifs JO Débats Ass. Nat. 1969 doc. annexe n° 721; Mathély/Plaisant, fasc. V fiche rose cotée 11 1970 n° 13; La Clavière, PI 1971 p. 43.

de caractère industriel du législateur n'a été que précisée par la loi nouvelle, et non modifiée ?

La durée de la protection est, comme celle du brevet, de vingt ans dès le dépôt de la demande. Le titre est délivré après un examen préalable confié à un comité d'experts.

Toute variété végétale répondant aux conditions énumérées dans la loi, sans exception, peut faire l'objet d'un certificat.

Ce qui est protégé, ce n'est pas le cycle de multiplication, souvent très long et difficile à reproduire, mais le patrimoine génétique matérialisé par une graine, un plant, une semence ¹²⁹⁸.

Les conditions de la protection sont reprises de la Convention du 2 décembre 1961 : la plante nouvelle doit se distinguer des variétés analogues déjà connues par un caractère important, précis et peu fluctuant, être homogène et stable.

cc) *La Convention de Paris du 2 décembre 1961 pour la protection des obtentions végétales* : La France et la Suisse ont signé la Convention de Paris du 2 décembre 1961 pour la protection des obtentions végétales ¹²⁹⁹. Cette nouvelle Union, entrée en vigueur le 10 août 1968 ¹³⁰⁰, n'a toutefois pas encore été ratifiée par la Suisse, ni par la France ¹³⁰¹.

La Convention, applicable à tous les genres et espèces botaniques (art. 4 al. 1), prévoit que la protection, qui doit toucher cinq espèces au minimum, sera étendue par secteurs et dans des délais déterminés (art. 4 ch. 3) au plus grand nombre possible de genres et espèces.

L'art. 6 fixe les conditions de la protection, qui sont moins sévères que celles prévues pour les autres inventions : la variété nouvelle doit présenter un ou plusieurs caractères propres importants qui la distinguent nettement de toute autre variété dont l'existence est notoirement connue lors du dépôt de la demande. Cette notoriété peut être établie par diverses références telles que : culture ou commercialisation déjà en cours, inscription sur un registre officiel, présence dans une collection de référence ou description précise dans une publication. Aux termes de l'art. 6 al. 1 litt. b, il semble que la nouveauté n'est pas détruite par la vente dans un Etat voisin pendant les quatre ans précédant la demande dans un Etat de l'Union ¹³⁰² ; d'autre part, selon le texte de l'art. 6 al. 1 litt. b, la commercialisation effectuée contre le gré de l'obteneur ne constitue pas une antériorité.

La variété nouvelle doit être homogène (art. 6 al. 1 litt. c) et stable (art. 6 al. 1 litt. d).

Elle doit recevoir une dénomination conforme aux dispositions de l'art. 13 (art. 6 al. 1 litt. d).

L'art. 6 al. 2 prescrit que l'octroi de la protection ne peut dépendre d'autres conditions que celles-là, pourvu que les formalités prévues par la loi nationale soient remplies.

Autrement dit, il semble que des critères comme ceux du progrès technique ou du niveau inventif soient écartés.

Un examen obligatoire des qualités exigées est institué (art. 7).

La protection est de quinze ans au minimum, et de dix-huit ans pour les vignes, arbres fruitiers, forestiers et d'ornement (art. 8).

¹²⁹⁸ *Ibid.*

¹²⁹⁹ PI 1962 p. 6 ss.

¹³⁰⁰ Cf. PI 1968 p. 283.

¹³⁰¹ Cf. PI 1969 p. 343 ss et PI 1971 p. 10.

¹³⁰² Ronga, RSPI 1966 p. 34 ; Mathély/Plaisant, fasc. V fiche jaune cotée 5 1968 n° 13.

Les Etats contractants sont libres de prévoir la protection des variétés végétales par un titre spécial, ou par le brevet, ou d'offrir les deux possibilités ¹³⁰³.

Un droit de priorité de douze mois, d'une durée égale à celui de la Convention d'Union, est prévu par l'art. 12.

Enfin, l'art. 10 énumère limitativement les causes de nullité du titre de protection : absence de nouveauté, d'homogénéité ou de stabilité, refus de se soumettre au contrôle de l'autorité, non-paiement des taxes ¹³⁰⁴.

c) *Les inventions relatives aux animaux et au corps humain* : Les procédés de reproduction, d'élevage, de croisement, d'amélioration des fonctions naturelles des animaux sont en principe brevetables en Suisse ¹³⁰⁵ et en France ¹³⁰⁶. Comme en ce qui concerne les brevets de végétaux, l'effet technique doit être reproductible et nécessairement produit par les moyens indiqués.

Les procédés microbiologiques sont brevetables aux mêmes conditions ¹³⁰⁷.

L'application d'une invention au corps humain ne nuit pas en principe à sa brevetabilité ¹³⁰⁸. Les instruments de diagnostic ou de chirurgie peuvent faire l'objet d'un monopole dans les deux pays ¹³⁰⁹.

La doctrine suisse admet toutefois que l'éthique sociale s'oppose à la brevetabilité de procédés médicaux ou chirurgicaux destinés à la guérison d'un malade ¹³¹⁰. On peut néanmoins se demander si cette interdiction se justifie, alors qu'est admise la brevetabilité des procédés de fabrication de remèdes qui peuvent être indispensables à la survie d'un malade ¹³¹¹. Quant à la doctrine et à la jurisprudence françaises, elles ne se prononcent pas sur ce point, à notre connaissance.

¹³⁰³ Ronga, RSPI 1966 p. 31; Mathély/Plaisant, *op. loc.*

¹³⁰⁴ Concernant la protection des végétaux, cf., outre les auteurs et les arrêts cités ci-dessus : La Clavière, PI 1965 p. 232 ss et PI 1971 p. 43 ss; Dunan, PI 1955 p. 116 ss; Royon, Ann. 1961 p. 357; Chavanne, Dalloz 1954 Chronique p. 95; Reixach, PI 1955 p. 119.

¹³⁰⁵ Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 12 t. I p. 89.

¹³⁰⁶ La doctrine ne se prononce pas avec précision sur ce point; il est toutefois admis que l'application de phénomènes naturels est brevetable dès qu'elle est produite par l'intervention de l'homme : Trib. civ. Grasse 5 mars 1963, JCP 1963 II 13297, n. Henry-Delpech, cité par Mathély/Plaisant, cf. n. 1284.

¹³⁰⁷ ATF 93 II 504; RSPI 1970 p. 71; Trib. civ. Seine 9 mai 1957, Ann. 1963 p. 329.

¹³⁰⁸ ATF 72 I 369 ss (JT 1947 I 244).

¹³⁰⁹ Mathély/Plaisant, fasc. VIII coté 5 1964 n° 5; Blum/Pedrazzini, art. 2 rem. 10 t. I p. 217.

¹³¹⁰ Cf. de Mestral, p. 105.

¹³¹¹ Blum/Pedrazzini, art. 1^{er} rem. 11 t. I p. 85; Troller, t. I (éd. 1968) p. 243; ATF 72 II 369 ss (JT 1947 I 245).

IX CONCLUSION

1. *Caractéristiques du droit suisse* : L'institution du brevet d'invention a été imposée à la Suisse par les nécessités de la politique économique et commerciale, non par le désir d'assurer la protection d'un droit naturel. Cela peut expliquer les exceptions relativement nombreuses réservées dans la loi afin d'éviter toute entrave au développement de certaines branches de l'industrie.

Afin d'assurer une certaine qualité au brevet suisse, et de faciliter sa vente, la loi du 25 juin 1954 prévoit l'introduction par secteurs industriels de l'examen préalable de l'invention; actuellement, seuls les domaines horloger et textile sont touchés par cette mesure.

Quant aux diverses formes de l'invention, l'art. 52 LBI distingue entre produit, procédé, utilisation d'un produit et application d'un procédé; ces deux dernières catégories peuvent être rangées dans celle d'« application nouvelle de moyens connus ». La combinaison nouvelle a été fréquemment étudiée par la doctrine et la jurisprudence; le Tribunal fédéral considère toutefois avec raison qu'il ne s'agit pas d'une classe particulière de l'invention : toute création est en effet constituée par l'association de plusieurs éléments.

La jurisprudence suisse a toujours exigé la présence d'une idée créatrice dans l'invention brevetée. Néanmoins, jusqu'en 1937, le Tribunal fédéral proclamait que le degré d'ingéniosité était indifférent; l'arrêt Philips a mis fin à cette jurisprudence : depuis lors, l'idée créatrice ne doit pas être à la portée d'un homme du métier bien instruit fournissant un effort normal. Ce revirement, qui n'est pas à l'origine du critère du niveau inventif, déjà utilisé en fait, a cependant élevé le degré minimum d'originalité exigé de l'invention.

L'examen du niveau inventif se fonde sur l'état de la technique au moment du dépôt de la demande; après avoir exclu de l'état de la technique les créations tombées dans l'oubli, qui n'avaient pas influencé l'industrie, et que l'homme du métier moyen n'était pas censé connaître, le Tribunal fédéral semble être revenu sur cette opinion dans un arrêt récent : l'état de la technique comprend tout ce qui a été publié, ou divulgué en Suisse, même si l'antériorité invoquée est complètement ignorée des techniciens actuels.

Les notions de simple adaptation, de juxtaposition, de tour de main ou encore de « construction » ont été appliquées à diverses formes de créations non brevetables. Il s'agit là de la désignation de cas particuliers qui ont pour caractéristique commune d'appartenir à la technique courante et d'être à la portée d'un homme du métier moyen bien instruit exerçant une activité normale.

Le progrès technique a toujours été en théorie une condition de la brevetabilité en droit suisse. Le Tribunal fédéral exigeait autrefois que ce progrès fût essentiel. Il a renoncé à cet adjectif, considérant qu'il est impossible de fixer un minimum quantitatif au progrès technique. Cependant, il conserve l'exigence d'un progrès nettement visible. Ce critère nous paraît loin d'être clair; il serait préférable de l'abandonner. De toute manière, en pratique, les conditions de la brevetabilité ne

seraient pas modifiées puisque, en fait, il n'est guère de décisions qui prononcent la nullité d'un brevet en raison de la seule absence de progrès technique.

La nouveauté est définie par l'art. 7 LBI, qui distingue entre la divulgation, qui constitue une antériorité si elle a lieu en Suisse, et la publication, destructrice de nouveauté en quelque endroit qu'elle se produise. Il suffit de démontrer que, selon toute vraisemblance (*Wahrscheinlichkeit*), des gens du métier en nombre indéterminé ont pris connaissance de l'invention, pour que la divulgation soit considérée comme établie.

La revendication est déterminante dans l'examen du niveau inventif et du progrès technique aussi bien que dans celui de la nouveauté.

L'invention doit être technique, industrielle. Il faut que l'homme du métier soit en mesure de la reproduire à coup sûr dès que les conditions décrites par le brevet sont réunies. Le caractère industriel s'oppose tant aux méthodes destinées à l'esprit humain (méthodes comptables, commerciales, de publicité, etc.) qu'aux découvertes et lois scientifiques. L'invention doit produire un effet technique directement applicable et matériel, mettant en jeu des forces ou substances naturelles. Le brevet de végétaux, admissible en principe, se heurte à la difficulté de reproduction de l'invention par les moyens indiqués. La Convention du 2 décembre 1961 pour la protection des obtentions végétales n'est pas encore entrée en vigueur en Suisse. Le résultat commercial atteint par l'invention est indifférent, malgré un arrêt isolé dans lequel le Tribunal fédéral laisse entendre le contraire.

Selon le Tribunal fédéral et la doctrine, le caractère industriel doit être distingué de la technicité. L'exigence du caractère industriel devient alors tout à fait insignifiante. Il convient au contraire d'assimiler les deux notions, comme l'a voulu le législateur.

Les inventions de remèdes sont exclues de la brevetabilité, afin d'éviter la création de monopoles au détriment de la santé publique. Les procédés non chimiques pour la fabrication de remèdes sont également écartés; il n'en va pas de même des procédés chimiques, dont la protection a été admise pour des raisons purement pragmatiques.

Les inventions d'aliments, de denrées fourragères et de boissons ne sont pas brevetables, ni les substances chimiques. En revanche, la protection des alliages est autorisée.

L'interdiction frappant les substances chimiques est difficilement justifiable. L'Allemagne y a renoncé en 1968.

Cette prohibition a donné naissance à la théorie de l'effet technique, selon laquelle les propriétés inattendues d'un produit nouveau justifient la protection accordée à l'application d'un procédé connu à la fabrication de ce produit, même si cette application n'exige en elle-même aucune idée créatrice (procédé par analogie). Attaquée à juste titre par Kirchner en Allemagne, la théorie de l'effet technique a cependant trouvé un écho favorable auprès du Tribunal fédéral et de la doctrine suisse. Elle permet de remédier dans une certaine mesure à l'interdiction frappant les substances chimiques, mais nous paraît toutefois dénuée de fondement juridique.

L'entrée en vigueur de la Convention de Strasbourg du 27 novembre 1963 et de la Convention instituant un système européen de délivrance de brevets, qui présentent des dispositions analogues, mettra heureusement fin aux exclusions arbitraires de la loi actuelle.

2. *Caractéristiques du droit français*: Dans l'enthousiasme de la Révolution, le droit français des brevets d'invention visait principalement à garantir le droit naturel de l'inventeur. Aussi la liste d'exceptions est-elle limitée dans la loi du 5 juillet 1844

aux inventions de remèdes et aux inventions contraires aux mœurs. D'autre part, le principe de l'examen préalable était considéré comme incompatible avec le droit de propriété de l'inventeur. Inspirée de considérations analogues à celles qui sont à l'origine de l'examen préalable en droit suisse, la procédure de l'avis documentaire introduite lors de la réforme de 1968 est déjà appliquée à de nombreux secteurs techniques et sera sans doute étendue à l'ensemble de l'industrie dans un avenir prochain.

Sous le régime de la loi du 5 juillet 1844, les catégories de l'art. 2 avaient une grande importance. Les conditions de la brevetabilité se résumaient pour beaucoup de commentateurs à la question de savoir si l'invention brevetée constituait ou non un produit nouveau, un moyen nouveau ou une application nouvelle de moyens connus. Comme celle de l'art. 52 de la loi suisse, cette classification, hybride de la distinction entre produit et procédé et de celle entre application et combinaison, ne cite pas expressément la combinaison. Celle-ci est toutefois contenue dans les catégories du produit et du moyen; la loi du 2 janvier 1968 l'a introduite dans son énumération, confirmant de nombreux arrêts.

La crainte de l'application de critères subjectifs et arbitraires a conduit les tribunaux à refuser énergiquement, du moins en théorie, l'utilisation du critère de l'activité inventive sous le régime de la loi du 5 juillet 1844. L'emploi nouveau non brevetable a été opposé à l'application nouvelle et la juxtaposition à la combinaison. Tout produit, toute application, tout moyen industriels sont brevetables, à condition d'être nouveaux et de ne pas constituer une juxtaposition ou un emploi nouveau. L'importance de l'invention est aussi indifférente que le niveau inventif.

Destinée à adapter le droit français à la Convention de Strasbourg, la loi du 2 janvier 1968 institue l'exigence de l'activité inventive, et précise le sens de cette expression: l'invention ne doit pas découler de manière évidente de l'état de la technique. Le rapporteur M. Herzog a défini l'évidence dans son exposé des motifs en disant que l'invention doit dépasser le simple enchaînement des réflexions que pourrait faire toute personne moyennement qualifiée dans le domaine technique envisagé.

Ce changement, qualifié de « très important » par le rapporteur, modifiera-t-il profondément la jurisprudence française? Il est permis d'en douter, en raison de la tendance des tribunaux à demeurer aussi près que possible des solutions traditionnelles; d'autre part, quoique écarté en théorie, le critère de l'activité inventive était déjà appliqué en pratique sous l'ancien régime, par la force des choses, les juges ne pouvant pas protéger n'importe quelle nouveauté évidente. Il est cependant probable que la loi nouvelle incitera le juge à hausser le niveau minimum d'originalité.

L'exigence du progrès technique ne figure pas dans la loi nouvelle, ni dans la Convention de Strasbourg; quoique certains auteurs prônent l'utilisation de ce critère, celui-ci paraît donc inconciliable avec la loi nouvelle; il n'en a même pas été question dans les travaux préparatoires et les débats parlementaires.

Selon la loi de 1844, une invention est nouvelle si elle n'a pas reçu, en France ou à l'étranger, une publicité suffisante pour qu'un homme du métier puisse l'exécuter ou si elle n'est pas décrite dans un brevet français, même non publié. Le brevet français antérieur non publié n'est plus destructeur de nouveauté sous le nouveau régime, mais il reste une cause de nullité; en pratique, il n'y a pas de changement. La loi nouvelle a confirmé une pratique jurisprudentielle en maintenant la validité du brevet pris pour une invention divulguée dans les six mois précédant le dépôt, si cette divulgation résulte d'une fraude.

Selon la définition du caractère industriel donnée par la doctrine, l'invention doit concourir à un effort de fabrication et produire un effet technique; la loi de 1968 l'a confirmée. Cette exigence exclut les méthodes commerciales ainsi que les

principes scientifiques théoriques. La loi nouvelle cite en outre les programmes d'ordinateurs, et les créations de caractère exclusivement ornemental.

Les inventions dans le domaine biologique peuvent en principe être brevetées, mais l'incertitude des procédés d'obtention des espèces végétales empêche souvent leur protection. Aussi, ces dernières bénéficient-elles en France d'une législation spéciale, conforme à la Convention du 2 décembre 1961.

La loi de 1968, comme celle de 1844, interdit les brevets portant sur des inventions contraires aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. Les remèdes peuvent être protégés en France depuis l'institution du brevet spécial de médicament en 1959.

3. *Différences et points communs*: Parties de deux points de vue relativement éloignés, les lois française et suisse paraissent s'être beaucoup rapprochées.

Toutes deux présentent actuellement un système d'examen administratif de la demande de brevet. Le système des revendications existe dans les deux pays.

La divergence relative au niveau inventif s'est complètement dissipée. Les deux droits font usage du critère du technicien moyen convenablement instruit.

Il est vrai que, selon certains auteurs, la loi nouvelle n'apporte aucun changement; les juges français seront donc peut-être tentés de suivre l'ornière de leurs habitudes. Mais les principes qui les guidaient sous l'ancien régime étaient-ils au fond si différents de ceux appliqués en Suisse? En fait, les tribunaux français, comme M. Jourdain faisait de la prose sans le savoir, utilisaient le critère du niveau inventif sans le nommer. Il n'est pas certain qu'ils auraient admis, comme le Tribunal fédéral, par exemple, la validité du brevet Taubert, qui protégeait l'utilisation de la forme polygonale dans la construction des fonds vissés de boîtes de montres, alors que ce système était déjà universellement appliqué dans toutes sortes d'écrous, boulons ou vis.

Il y a cependant de fortes chances pour que l'introduction de l'activité inventive incite les juges français à se montrer plus sévères. Le principe de l'indifférence de l'originalité de l'invention dans l'examen de la validité du brevet a en effet certainement poussé les tribunaux à fixer sur ce point des exigences assez faibles sous l'ancien régime. En général, ces réquisits étaient sans doute plus bas que ceux de la jurisprudence suisse. L'arrêt Taubert peut en effet être considéré comme une exception.

Quant à l'exigence du progrès technique, il convient d'approuver la jurisprudence française qui l'a toujours écartée; il est souhaitable que le droit suisse y renonce également; en fait, il n'a guère d'importance en pratique.

La différence demeure relativement grande en ce qui concerne la nouveauté: en Suisse, la divulgation n'est destructrice de nouveauté que si elle a lieu dans le pays même. D'autre part, le droit suisse considère que l'invention a perdu sa nouveauté dès sa divulgation, que celle-ci résulte ou non d'une fraude; ce n'est pas le cas en France.

Concernant le caractère technique et industriel, il n'y a pas de divergence entre les deux droits, exception faite de la terminologie utilisée par la jurisprudence et la doctrine suisse, qui distinguent technique et industrie. Cette distinction n'a pas de conséquences pratiques.

Les principales divergences portent sur les inventions exclues de la protection. Le droit français, en reconnaissant la brevetabilité des produits chimiques, et en admettant la protection des médicaments, s'est épargné la nécessité de recourir à la théorie de l'effet technique pour justifier la protection de procédés non inventifs. Il a su éviter de même l'exclusion des aliments, denrées fourragères et boissons, et celle du procédé non chimique pour la fabrication de remèdes, qui n'ont pas de raison d'être.

La ratification par la Suisse de la Convention de Strasbourg et de la Convention instituant un système européen de délivrance de brevets entraînera l'ajustement de la loi suisse aussi bien concernant la nouveauté que le progrès technique et les inventions exclues de la protection. Cette adaptation comblera les différences principales qui subsistent encore entre les deux droits concernant les conditions de la brevetabilité. Les divergences secondaires, concernant par exemple le niveau inventif exigé pour le brevet additionnel, peuvent subsister sans que le déposant en souffre. Il serait toutefois souhaitable, une fois ces conventions entrées en vigueur, que les Etats signataires constituent une juridiction internationale habilitée à donner une interprétation uniforme de ces accords. C'est en effet à juste titre que Mathély/Plaisant qualifient cette lacune de « véritable vice »¹³¹². Le projet de Convention européenne, dans son état actuel, ne prévoit malheureusement pas l'institution d'une telle autorité¹³¹³.

¹³¹² Mathély/Plaisant, fasc. III à XXXVIII coté 5 1969 n° 43 ; cf. également P. J. Pointet, RSPI 1971 p. 13-14.

¹³¹³ P. J. Pointet, *eod. loc.* ; voir cependant R. Plaisant, Rev. trim. Dr. com. 1971 p. 217 n° 6.

BIBLIOGRAPHIE

- Allart H.

 Armengaud Aîné
 Armengaud André
- Auby
- Benkard G.
- van Benthem J. B.
 Bertin A.

 Besso M. A. et V.
 Bircher F.
- Blanc E.
 Blum R.

- Blum R. E./Pedrazzini M.M.
 Bodenhausen G. H. C.
- Bossart B.
 Bouju A.
- Boucoucheliev J.
- Brunner E.
 Bryn A. B.
 Bumbacher H.
- Busse R.
 Casalonga A.

- Casalonga D.
- Chavanne A.
- Chavanne A.
- * Traité théorique et pratique des brevets d'invention - Paris 1911.
 Des inventions brevetables - Paris 1896.
- * Traité pratique des brevets d'invention - Paris 1901.
 Avis présenté au nom de la Commission des Finances, du Contrôle budgétaire et des Comptes économiques de la Nation, sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée Nationale, tendant à valoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention - JO Sénat 1967-68 document annexe n° 46.
 La notion de médicament en droit pharmaceutique - JCP 1962 I 1708.
- * Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, Patentanwaltgesetz - 4^e éd. Munich, Berlin 1963.
 Le brevet européen en 1971 - PI 1971 p. 278.
 L'ingénieur et les brevets d'invention - Paris 1953.
 Le secret en matière d'invention - Paris 1965.
 Die Grenzen des Erfindungsschutzes - Zurich et Leipzig, 1934.
- * Die Voraussetzungen des Erfindungsschutzes, insbesondere des Schutzes der kleinen Erfindungen in Deutschland und in der Schweiz - Thèse Zurich 1929.
- * L'inventeur breveté - 3^e éd. Cosse 1852.
 Schutz der Immaterialgüter vor sklavischer Nachahmung auf technischem Gebiet - Thèse Zurich 1947.
 Schöpferische Idee und Erfindungshöhe als Kriterien der patentwürdigen Erfindung - GRUR/A 1956 p. 1
- * Patentrecht, Marken-, Muster-, und Modellschutz - 2^e éd. Zurich 1965.
 Das Kriterium des « gut ausgebildeten Fachmannes » (nach Schweizer Recht) - GRUR/A 1956 p. 199.
- * Das schweizerische Patentrecht - 3 vol. Berne 1957, 1959, 1961.
 Guilde d'application de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle (telle que révisée à Stockholm en 1967) - Genève 1969.
- * Erfindertätigkeit und Erfinderlohn - Thèse Fribourg 1926.
 Le brevet spécial de médicament - L'ingénieur-conseil 1961 p. 254.
 Invention et non-évidence dans le droit américain des brevets d'invention - PI 1967 p. 296.
 Das schweizerische Patentregister - Thèse Zurich 1957.
- * Über die Frage der Erfindungshöhe - Berlin 1931.
- * Der Begriff der Äquivalenz im Patentrecht, insbesondere seine Bedeutung für chemische Erfindungen - Thèse Zurich 1957.
- * Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz - 3^e éd. Berlin 1964.
- * Traité technique et pratique des brevets d'invention - 2^e vol. Paris 1948.
 Traité de la brevetabilité - Paris 1939.
 La brevetabilité du produit industriel nouveau - PI 1944 p. 64.
 Brevetabilité. Produit industriel nouveau - PI 1958 p. 47.
 Des difficultés qu'on rencontre à distinguer un moyen d'avec un résultat - Ann. 1936 p. 4.
 La protection des inventions végétales - Sirey vol. XV 1959 p. 153.
 Propriété industrielle. Chronique - Rev. trim. dr. com. 1968 p. 677.

- Chavanne A.
 Chereau L.
 Couhin C.
 Cueni F.
- —
- Damme F./Lutter R.
 Dériaz G.
- Derichsweiler W.
 Desbois H.
 Dunan R.
 —
 Dürr K.
 Egli A. R.
- Etienne O.
- Fernand-Jacq
 —
 —
 —
- Fischer W.
 Francoz P.
 Gansser G.
 Gariel G.
 Gass R.
- Gevers/Verbaet
- Graf P.
- Graf P./Besso M. A.
 Guérin M.
- Guyer E.
- Henriquez P. C.
- Houssard
 —
 —
- Huard G.
 Isay H.
 Jenny J.
 Kambli W.
 Kambli W./Mannhart E.
 Kaufmann U.
- de Keravenant G.
 Kirchner E.
- La loi du 2 janvier 1968 tendant à valoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention – JCP 1968 I 2186.
 L'institution française du brevet d'invention – Paris 1961.
 * La propriété industrielle, artistique et littéraire – 3 vol. Paris 1894.
 Procédés chimiques dits d'analogie, susceptibles d'être brevetés (procédés de but) – PI 1958 p. 50.
 Über Inhalt und Bedeutung des Begriffes Äquivalenz und seine Anwendung gemäss Art. 53 des Bundesgesetzes betr. Erfindungspatente – RSPI 1962 p. 31.
 Eigenart und Analogie chemischer Verfahren mit besonderer Berücksichtigung des pharmazeutischen Gebietes – RSPI 1945 p. 224.
 Erfindung und ihr Schutz – RSPI 1952 p. 12.
 Patentfähige chemische Analogieverfahren – GRUR/A 1958 p. 64 ss.
 * Das Deutsche Patentrecht – 3^e éd. Berlin 1925.
 Le projet de nouvelle loi fédérale sur les brevets d'invention – Lausanne 1950.
 Handbuch zum schweizerischen Patentrecht – Lucerne 1934.
 Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle – Paris 1965.
 Note sur la protection des inventions végétales – PI 1955 p. 116.
 La brevetabilité des produits pharmaceutiques – PI 1944 p. 83.
 * Kommentar zum schweizerischen Patentgesetz – Berne 1956.
 * Die rechtliche Behandlung der Kombinationsabhängigen und Pioniererfindung nach deutschem und schweizerischem Recht – Thèse Zurich 1937.
 L'examen préalable des inventions en Angleterre, Allemagne, Autriche, Hollande, aux Etats-Unis et les mouvements en faveur de l'introduction d'un tel système en France et en Suisse – Thèse Neuchâtel 1950.
 Les brevets de principe et la question des équivalents – PI 1948 p. 31.
 La propriété scientifique en France – PI 1949 p. 177.
 A la recherche d'un critère de la brevetabilité – PI 1952 p. 52.
 Application nouvelle d'une méthode connue pour l'obtention d'un produit chimique nouveau – Ann. 1957 p. 1.
 Die Bedeutung der technischen Funktion – Berlin 1932.
 Mémento des brevets d'invention – Paris 1948.
 Der Patentschutz für chemische Erfindungen – RSPI 1951 p. 117.
 La question de la propriété scientifique – Paris 1924.
 * Die Nichtigkeit des Patents nach schweizerischem Recht – Thèse Berne 1935.
 La détermination du « caractère inventif requis pour la brevetabilité » – PI 1954 p. 219.
 Die Normen des schweizerischen Patentrechts für chemische Erfindungen, Arzneimittel-, Lebensmittel- und Textilerfindungen – Zurich 1935.
 Erfindungen und Erfindungsschutz – RSJ 1933 p. 289.
 Les brevets d'invention dans l'industrie chimique. Législation. Jurisprudence. – Paris 1922.
 Kommentar zum schweizerischen Bundesgesetz betreffend die Erfindungspatente vom 21. Juni 1907 – Zurich 1909.
 La nouvelle loi française sur les brevets d'invention – PI 1970 p. 194.
 L'ordonnance du 4 février 1959 – Ann. 1959 p. 1.
 Le décret du 30 mai 1960 – Ann. 1960 II p. 47.
 Traité de la propriété intellectuelle – 2 vol. Paris 1906.
 Die Kombinationserfindung – RSJ 1933-1934 p. 293.
 * L'idée créatrice et le tour de main – Thèse Neuchâtel 1945.
 Die Erfindungshöhe – RSPI 1944 p. 33.
 Erfindung und Entdeckung im Patentrecht – RSPI 1957 p. 62.
 Die Ausgestaltung des Rechtsschutzes im Bundesgesetz betreffend die Erfindungspatente vom 25 Juni 1954 – Thèse Berne 1963.
 Cours de législation de la propriété industrielle – Paris 1948.
 Der « technische Effekt » als patentbegründendes Merkmal chemischer Verfahren – GRUR 1949 p. 215.

- Kirchner E.
Koch G. *Stoffschutz für chemische Erfindungen ?* – GRUR 1952 p. 369.
* *Der Begriff der Neuheit nach französischem, deutschem und schweizerischem Patentrecht* – Thèse Berne 1945.
- Kohler J.
Krieger A. *Handbuch des deutschen Patentrechts* – Mannheim 1900.
Le nouveau droit allemand des brevets et des marques – PI 1968 p. 151.
- Kumm A. W. *Die Anomalien der Lehre vom Analogieverfahren* – GRUR 1963 p. 56.
- Lavoix J. *Note sous les arrêts Paris 31 mars 1957 et 18 novembre 1957* – Ann. 1957 p. 380.
- La Clavière B. *La convention de Paris du 2 décembre 1961 pour la protection des obtentions végétales et l'Union internationale pour la protection des obtentions végétales* – PI 1965 p. 232.
- *La loi française sur la protection des obtentions végétales* – PI 1971 p. 43.
- Le Grand L. E. *L'invention en biologie* – PI 1961 p. 30.
- Le Tarnec A. *La réforme du droit des brevets d'invention* – Gaz. Pal. 1969 1 Doctr. p. 45.
- Lindenmaier F. * *Das Patentgesetz vom 5. Mai 1936, 18. Juli 1953* – 4^e éd. Cologne, Berlin 1958.
- *Die schöpferische Leistung als Voraussetzung der Patenterteilung (Erfindungshöhe und technischer Fortschritt)* – GRUR 1939 p. 153.
- Loulié A. *Le brevet d'invention* – Lille 1951.
- Loyer P. *Brevets d'invention* – Paris 1929.
- Mainié F. *Nouveau traité des brevets d'invention* – Paris 1896.
- Malapert F./Forin J. * *Nouveau commentaire des lois sur les brevets d'invention* – Paris 1879.
- Martin-Achard A. *Questions actuelles dans le domaine du droit et de la procédure en matière de brevets d'invention* – Rapport à la Société suisse des juristes, RDS 1944 p. 127 a.
- Martin-Achard E. *Le brevet d'invention* – FSJ n° 521 Genève 1956.
- Martin Saint L./Stavilas P. *Des conditions de la validité des brevets d'invention du droit français* – Paris 1881.
- Massius M. *Traité des brevets d'invention* – Paris 1931.
- Mathély P. *La combinaison et la juxtaposition* – Ann. 1957 p. 19.
- *Lettre de France – brevets d'invention* – PI 1967 p. 267 ss et 334 ss.
- *Lettre de France – Brevets* – PI 1971 p. 290.
- Mathély P./Lavoix J. *L'activité inventive, condition de la brevetabilité* – Ann. 1956 p. 277.
- Mathély P./Plaisant R. *Juris-Classeur commercial, lois commerciales annexes, brevets d'invention* – Paris (fascicules mobiles remis à jour périodiquement).
- Matile J. *Les conditions de validité et les causes de nullité des brevets* – JT 1957 I p. 2.
- Matter E. * *Aktuelle Fragen aus dem Gebiet des Patent- und des Patentprozessrechtes* – Rapport à la Société suisse des juristes, RDS 1944 p. 1 a.
- Matthey R. J.
Matzinger K. * *Les brevets de végétaux* – Thèse Lausanne 1954.
- Meisser C. *Welche Erfindungen aus dem Textilgebiet sind nach dem schweizerischen Patentgesetz der amtlichen Vorprüfung unterstellt* – RSPI 1967 p. 41.
- Mentha B. * *Das Anmeldesystem im schweizerischen Patentrecht im Vergleich zum System der deutschen Vorprüfung* – thèse Berne 1942.
- de Mestral L.
Montheilet P. *La vie juridique des peuples, vol. 6 : La Suisse. Droits intellectuels : les brevets d'invention* – Paris 1935.
- de Montmollin G. * *L'obtention et le maintien du brevet* – Thèse Lausanne 1969.
- Morf H. *Des brevets d'invention en droit conventionnel international et en droit interne* – Paris 1950.
- Moureaux R./Weismann Ch. *Quelques remarques concernant la brevetabilité des produits chimiques* – RSPI 1951 p. 107.
- Mousseron J. M. *Die Behandlung der sogenannten « kleinen Erfindung » im neuen Patentgesetz* – RSPI 1954 p. 83.
- * *Manuel des brevets d'invention* – Paris 1960.
- * *Le droit du breveté d'invention* – Paris 1961.

- Mousseron J. M.
Mouzon P.
Müller E.
Munier
Nettre G.
Nikhbakht-Djordjani A.
Nouguier L.
Offermann E.
Olagnier P.
Perot-Morel
Picard A.
—
Pinson M.
Plaisant M.
—
Plaisant R.
—
—
—
—
Poignon F.
Pointet J. D.
Pointet P. J.
Pouillet E.
Raulet J./Muguet L.
Redies F.
Reimer E.
Renouard A. C.
Reymond J.
Ronga G.
—
Rotondi M.
Roubier P.
—
—
Savignon F.
Schanze O.
Schenkel W.
Schnyder F.
- Das neue französische Patentrecht – GRUR/Int. 1969 p. 153.
Loi du 2 janvier 1968 tendant à modifier le régime des brevets d'invention – Gaz. Pal. 1968 1 doct. p. 45.
Die Äquivalente im Patentrecht – Berlin 1920.
Les droits des auteurs de découvertes ou d'inventions scientifiques – Paris 1925.
Le problème de la propriété scientifique – Nancy 1925.
* De la protection des petites inventions – Thèse Genève 1951.
* Des brevets d'invention et de la contrefaçon – Paris 1856.
* Rechtswissenschaftliche Untersuchungen zum Erfindungsbegriff – Thèse Zurich 1949.
Le droit des savants – Paris 1937.
Incidences sur le droit français de la convention de Strasbourg unifiant certaines règles des brevets d'invention – JCP 1965 doctrine 1905.
* Précis de la brevetabilité – Paris 1928.
Au sujet de l'étude de la distinction entre un moyen et un résultat Ann. 1936 p. 89.
La Brevetabilité – Cahier de l'Institut de science économique appliquée, n° 116, août 1961, série T n° 3 p. 17.
Traité de droit conventionnel international concernant la propriété industrielle – Paris 1949.
Mélanges – Paris 1960.
Les brevets spéciaux de médicaments – JCP 1961 doctrine 1616.
Le nouveau régime des brevets d'invention – DS 1969 chronique p. 99.
Note sous l'arrêt Cass. com. 21 avril 1969 – Dalloz 1969 jurisprudence p. 725.
La nouveauté en matière de brevets d'invention selon la loi du 2 janvier 1968. Les conventions internationales et quelques lois étrangères – Rev. trim. dr. com. 1971 p. 213.
Le droit d'auteur scientifique – Paris 1929.
La Suisse et l'harmonisation du droit des brevets – Thèse Neuchâtel 1969.
* La protection des inventions – 2^e éd. Neuchâtel 1971.
* Traité théorique et pratique des brevets d'invention – 5^e éd. Paris 1909.
Les brevets d'invention – Paris 1935.
Probleme des Schutztes chemischer Erfindungen – GRUR 1958 p. 56.
Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz – 3^e éd. Munich 1968.
* Traité des brevets d'invention – Paris 1865.
* Les systèmes de définition des inventions en droit des brevets – Thèse Lausanne 1959.
La protection internationale des obtentions végétales – RSPI 1966 p. 23.
Protection des œuvres scientifiques et de leurs résultats – RSPI 1968 p. 25.
Le dépôt antérieur, à l'étranger, d'une demande de brevets identique et non encore publiée s'oppose-t-elle à la nouveauté de l'invention ? – PI 1957 p. 54.
* Le droit de la propriété industrielle – 2 vol. Paris 1952 et 1954.
La propriété scientifique – Extrait du Recueil commercial et de droit social, Paris 1929.
Mélanges – Paris 1961, t. II.
La loi française du 2 janvier 1968 (n° 68-1) tendant à valoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention – PI 1968 p. 80.
Die materielle Patentfähigkeit nach dem neuen schweizerischen Patentgesetz – RSJ 1907 p. 17.
Der Begriff der Erfindung nach schweizerischem Patentrecht – Soleure 1939.
Patentanspruch und Patentbeschreibung in ihrem rechtlichen Verhältnis – Thèse Berne 1943.

- Schönberg G. Der patentrechtliche Begriff der Neuheit und der Äquivalenz nach der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichts – RSJ 1933 p. 225.
- Sidler P. Der Schutz vom Computerprogrammen im Urheberrecht und Wettbewerbsrecht – Thèse Berne, Bâle 1968.
- Siegwart H. Der Urheberrechtliche Schutz der wissenschaftlichen Werke – Thèse Berne 1954.
- Sommer F. Erfindung und Erfindungsschutz nach schweizerischem Patentrecht – Berne 1916.
- Die patentrechtliche Äquivalenz – RSJ 1916 p. 245.
- Spiro J. Des inventions brevetables en Suisse – RDS 1901 p. 393 et Bulletin technique de la Suisse romande 1901.
- Steck B. * L'idée créatrice, condition de la brevetabilité – Thèse Genève 1945.
- Steffen C. * Erfindungen von chemischen Verfahren und Arzneimittel nach schweizerischem Patentrecht – Thèse Berne, Bellinzzone 1945.
- Tetzner H. * Kommentar zum Patentgesetz – 2^e éd. Nuremberg 1951.
- Die vom Patentschutz ausgeschlossenen Erfindungen nach deutschem Recht – GRUR/A 1960 p. 107.
- Tetzner V. Leitfaden des deutschen Patentrechts – Berne 1970.
- Therre/Constantin/Damiron Précis de propriété industrielle – Paris 1936.
- Troller A. * Immaterialgüterrecht – 2 vol. Bâle et Stuttgart 1959 (t. I 1^{re} éd.), 1968 (t. I 2^e éd.) 1962 (t. II 1^{re} éd.) 1971 (t. II 2^e éd.).
- Das schweizerische gewerbliche Rechtsschutz – Bâle 1948.
- Trüb H. Die Entdeckung als Element der patentwürdigen Erfindung – RSPI 1956 p. 169.
- Trüstedt W. Der Patentschutz für chemische Erfindungen – GRUR 1960 p. 55.
- Fortschritt und Erfindungshöhe als Voraussetzung der Patentfähigkeit nach deutscher Rechtsentwicklung – GRUR 1956 p. 349.
- Valancogne F. * L'invention, sa brevetabilité, l'étendue de sa protection – Paris 1968 t. I.
- Van der Haeghen Les inventions mécaniques et le principe des équivalents – Bruxelles 1919.
- Vigneron Essai sur la protection de la propriété scientifique – Paris 1925.
- Vonarburg J. * Die Lehre von der patentbegründenden Wirkung des technischen Effekts und deren Anwendung auf das schweizerische Recht – Fribourg 1965.
- Voulet * Brevets d'invention – Paris 1959.
- Wagret Brevets d'invention – Paris, Que sais-je ? n° 1143.
- Walleser F. * Die Patentfähigkeit als rechtsteleologisches Problem – Thèse Berne 1963.
- Die Patentwürdigkeit der Routine – und Teamerfindungen – RSPI 1962 p. 95.
- Der Patentanspruch nach schweizerischem Recht – Zurich 1961.
- Weidlich R. Zur Frage der patentbegründenden Wirkung des technischen Effektes bei chemischen Verfahren – GRUR 1949 p. 396.
- Zu der Frage des Stoffschutzes für chemische und insbesondere therapeutische Erfindungen – GRUR 1951 p. 551.
- Kein Stoffschutz für chemische Produkte – GRUR 1954 p. 134.
- Weidlich R./Blum E. * Das schweizerische Patentrecht – 2 vol. Berne 1934 et 1936.
- Weinstein Z. * Le droit des brevets d'invention – Paris 1968.
- Le procès en contrefaçon. Mémento de règles fondamentales en droit français – Paris 1961.
- Weiss R. Le droit du savant sur l'exploitation économique de sa découverte – Paris 1931.
- Winter W. Vom alten zum neuen schweizerischen Patentgesetz – RSPI 1955 p. 12.
- Le dépôt antérieur à l'étranger d'une demande de brevet identique et non encore publiée s'oppose-t-elle à la nouveauté de l'invention ? (une réponse) – PI 1957 p. 219.
- Wipf G. R. Les droits des obtenteurs d'espèces végétales – PI 1961 p. 65.
- Wirth R. Das Mass der Erfindungshöhe – Berlin 1906.
- Wuesthoff F. De la protection des plantes par le brevet – PI 1956 p. 176.
- Wüst J. * Die Kombinationserfindung – Thèse Berne 1938.
- Wunderlich D. Die gemeinschaftliche Erfindung – Thèse Erlangen 1962.

